



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MIKHAEL NASCIMENTO BONFIM**

**ARBITRAGEM COLETIVA COMO MEIO PROCESSUAL  
ADEQUADO PARA A DEFESA DOS DIREITOS DOS  
ACIONISTAS MINORITÁRIOS**

Salvador  
2019

**MIKHAEL NASCIMENTO BONFIM**

**ARBITRAGEM COLETIVA COMO MEIO PROCESSUAL  
ADEQUADO PARA A DEFESA DOS DIREITOS DOS  
ACIONISTAS MINORITÁRIOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito.

Salvador  
2019

**TERMO DE APROVAÇÃO****MIKHAEL NASCIMENTO BONFIM****ARBITRAGEM COLETIVA COMO MEIO PROCESSUAL  
ADEQUADO PARA A DEFESA DOS DIREITOS DOS  
ACIONISTAS MINORITÁRIOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,  
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2019.

A  
Deus, força norteadora. A minha família,  
especialmente, meus pais, Maria de Fátima  
Serra Nascimento Bonfim e Luciano  
Meneses do Bonfim, a quem eu devo todas  
as minhas conquistas.

## **AGRADECIMENTOS**

A Maria de Fátima Serra Nascimento Bonfim, Luciano Meneses do Bonfim, Cleuza Serra e Euzébio Nascimento, por tudo que dedicaram à minha criação e desenvolvimento pessoal, sendo eternamente grato e fiel.

A Thais Leonel Magalhães, por todo o companheirismo, compreensão para todas as horas, e por tornar minha vida mais leve e doce.

Aos poucos, aos felizes poucos, a Henrique Magalhães, Johnatan D'Alcântara, Gabriel Bonfim e Mateus Araújo, pela amizade incondicional, pelo engrandecimento pessoal e por toda ajuda e incentivo. A presença de vocês enriqueceu minha trajetória acadêmica.

*“We few, we happy few, we band of brothers”.*

Shakespeare, William. *Henry V*.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade analisar a viabilidade e adequação da utilização de arbitragem coletiva no ordenamento jurídico brasileiro para defesa de acionistas minoritários que tiveram seus direitos violados por conduta ilícita de sociedade anônima, especialmente em contexto de mercado de capitais. Para tanto, o trabalho busca abordar a princípio os principais institutos da arbitragem, a fim de melhor contextualizar o mecanismo processual de resolução de disputas que estar-se-á discutindo, bem como de que forma e em que medida ela vem sendo utilizada para resolução de conflitos de natureza empresarial e societária, discutindo as características que vêm sendo anunciadas pela doutrina como vantagens e desvantagens da arbitragem, a qual, tornou-se, inclusive, prática recomendada pelos padrões de governança corporativa do país, embora a mesma possa apresentar complicações para os acionistas ingressarem com demandas em face da empresa. Em seguida, aborda-se as alterações legislativas realizadas na Lei 6.404/76, com a inclusão do art. 136-A, a fim de analisar seus efeitos sobre os acionistas. Discute-se qual o procedimento necessário para que seja inserida uma cláusula compromissória no estatuto social de uma sociedade anônima, bem como o direito de retirada que emerge para os acionistas dissidentes de tal inserção. Nesta linha, busca-se, através da apresentação de um caso concreto, evidenciar as dificuldades que podem surgir para os acionistas minoritários de uma companhia em ingressar com ações indenizatórias em face daquela quando os acionistas estão vinculados a cláusula compromissória estatutária. Em momento posterior, analisa-se o microsistema de direitos coletivos brasileiro, a fim de identificar as espécies e natureza dos direitos coletivos tutelados, para em seguida buscar responder ao questionamento se seria possível realizar a defesa de alguma dessas espécies em sede de arbitragem. Nesta linha, escolhe-se os direitos individuais homogêneos para analisar sua compatibilização com a via arbitral. Nesta discussão, ainda, aborda-se os contornos gerais que o instituto da arbitragem coletiva ganhou nos Estados Unidos, para então refletir sobre sua adequação com a estrutura arbitral e processual brasileira. Desta forma, busca-se na doutrina especializada posicionamentos que indiquem, por fim, que, na hipótese de viabilidade da utilização deste instituto no Brasil, em que medida sua utilização seria vantajoso para a proteção dos direitos individuais homogêneos de uma coletividade de acionistas minoritários que tenha sofrido danos diretos de ação inidônea da companhia, e, de que forma seria possível adaptar a prática arbitral a fim de compatibilizar os procedimentos a tutela de interesses coletivos em sede de mercado de capitais.

**Palavras-chave:** Arbitragem Coletiva; Direito Societário; Governança Corporativa; Mercado de Capitais; Processo Coletivo;

## ABSTRACT

This monograph work aims to analyze the viability and adequacy of class arbitration in Brazil's legal system, for the purpose of defending minority shareholders that had their rights harmed by corporations' unlawful acts regarding the stock market. Firstly, the foremost important principles of arbitration will be approached in order to better contextualize this alternative conflict resolution method, as in what manner it's being used to solve corporation related conflicts, as try to elucidate the possible advantages or disadvantages of it's use, highlighting the fact that, though Brazilian's regulatory bodies consider arbitrations as being an adequate corporate governance practice, it may consist as an obstacle for the stock holders litigate in face of the company. After that, the focus shifts to the legislative changes in Law n. 6.404/76, with the inclusion of article 136-A, as means of analyzing its effects over the stockholders. It's also discussed the necessary procedure for the inclusion of an arbitral convention in a corporation statute, as well as the right of withdrawal emerged for the dissenting stockholders. In this line, through the presentation of a concrete case it seeks to elucidate the obstacles that may arise for the stockholders to propose compensatory actions when they are bound by the arbitral convention. It's also approached the Brazilian's collective procedure system with the intention of analyzing the feasibility of class arbitration. In this manner, positions in the specialized doctrine are sought to indicate its feasibility in the Brazilian system as well as its adequacy for the protection of a class of shareholders, and in what ways the ordinary arbitral practice can be adjusted to this new form of arbitration.

**Keywords:** Class Arbitration; Corporate Law; Corporate Governance; Stock Market; Collective Process;

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

art.	art.
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
CF/88	Constituição Federal da República
Des.	Desembargador
LArb	Lei de Arbitragem Brasileira
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 ARBITRAGEM E DIREITO SOCIETÁRIO.....</b>	<b>12</b>
2.1 ARBITRABILIDADE.....	12
<b>2.1.1 Arbitrabilidade subjetiva.....</b>	<b>16</b>
<b>2.1.2 Arbitrabilidade objetiva.....</b>	<b>20</b>
2.2 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: COMPROMISSO ARBITRAL E CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	23
<b>2.2.1 Cláusula compromissória.....</b>	<b>25</b>
<b>2.2.2 Compromisso arbitral.....</b>	<b>27</b>
2.3 APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA RESOLUÇÃO DE DEMANDAS SOCIETÁRIAS.....	29
<b>2.3.1 Possíveis vantagens e desvantagens da utilização da arbitragem para resolução de demandas de Direito Societário.....</b>	<b>31</b>
2.3.1.1 Vantagens da arbitragem.....	31
2.3.1.2 Desvantagens da arbitragem.....	34
2.4 A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA.....	37
<b>3 A INSERÇÃO DE UMA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E SEUS EFEITOS.....</b>	<b>43</b>
3.1 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 136-A DA LEI DE SOCIEDADES ANÔNIMAS.....	43
<b>3.1.1 Forma de inclusão de cláusula compromissória em estatuto social de sociedade anônima.....</b>	<b>46</b>
<b>3.1.2 Imperatividade subjetiva da Cláusula Compromissória estatutária perante os acionistas.....</b>	<b>50</b>
<b>3.1.3 O direito de retirada para o acionista dissidente.....</b>	<b>54</b>
3.2 CONSEQUENCIAS PRÁTICAS DAS MUDANÇAS ADVINDAS DO ARTIGO 136-A: O CASO PETROBRAS.....	57
<b>3.2.1 Histórico do caso.....</b>	<b>58</b>
<b>3.2.2 Tentativa infrutífera de resolução do caso pela via judicial acarretando no ajuizamento de uma arbitragem coletiva.....</b>	<b>62</b>

<b>4 ARBITRABILIDADE EM DEMANDAS COLETIVAS.....</b>	<b>65</b>
4.1 SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS E OS BENS TUTELADOS NAS DEMANDAS COLETIVAS.....	65
<b>4.1.1 Direitos difusos.....</b>	<b>68</b>
<b>4.1.2 Direitos coletivos <i>stricto sensu</i>.....</b>	<b>69</b>
<b>4.1.3 Direitos individuais homogêneos.....</b>	<b>70</b>
4.2 ARBITRAGEM COLETIVA.....	72
<b>4.2.1 Breves comentários sobre a experiência internacional.....</b>	<b>73</b>
<b>4.2.2 Compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	<b>79</b>
4.2.2.1 Arbitrabilidade dos direitos individuais homogêneos.....	79
4.2.2.2 Aspectos processuais: legitimidade processual por representação ou substituição e eficácia subjetiva da decisão.....	84
<b>5 ARBITRAGEM COLETIVA COMO MEIO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A DEFESA DOS DIREITOS DOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS.....</b>	<b>88</b>
5.1 AS VANTAGENS EM RELAÇÃO AOS PROBLEMAS DE ORDEM PRÁTICA DECORRENTES DOS EFEITOS DO ART. 136-A DA LEI 6.404/76.....	88
<b>5.1.1 Acesso à jurisdição.....</b>	<b>90</b>
<b>5.1.2 Segurança jurídica.....</b>	<b>93</b>
5.2 HIPÓTESES DE SUPERAÇÃO DOS DESAFIOS INERENTES AO INSTITUTO.....	95
<b>5.2.1 Confidencialidade <i>versus</i> publicidade.....</b>	<b>96</b>
<b>5.2.2 Escolha dos árbitros.....</b>	<b>99</b>
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>101</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	

## 1 INTRODUÇÃO

A arbitragem se consolidou no mercado brasileiro como o meio de resolução de disputas mais adequado para a resolução de conflitos empresariais, com destaque para os de natureza societária.

Esse fato decorre das próprias características da arbitragem, tais quais, sua celeridade em relação a atuação do judiciário, seus julgamentos serem realizados por árbitros escolhidos pelas partes permitindo decisões mais técnicas, além de maior flexibilidade em relação aos procedimentos.

Essas características adequam-se perfeitamente à realidade dos conflitos societários, normalmente de elevada complexidade, e que em decorrência da dinâmica empresarial urgem por decisões céleres e de maior grau qualitativo. Neste sentido, desde a criação dos segmentos especiais de listagem pela BM&FBovespa, atual B3, a inclusão de Cláusulas Compromissórias no estatuto de companhias é vista como uma boa prática de Governança Corporativa.

Muito se discutiu sobre os efeitos da inclusão de uma cláusula compromissória no estatuto de companhias abertas no que tange a vinculação dos acionistas perante ela. Segundo uma doutrina minoritária, a inclusão de uma cláusula compromissória ao estatuto social não é capaz de vincular os acionistas que não exprimiram sua vontade em tornar-se signatários, portanto, aqueles que na votação foram dissidentes à inclusão, ou que nem participaram da deliberação, bem como os que se tornaram acionistas posteriormente a inclusão, não seriam vinculados à cláusula.

A doutrina majoritária, no entanto, argumenta pela vinculação de todos os acionistas, de forma a se preservar o princípio basilar do direito societário qual seja o princípio majoritário. Todos os acionistas ao se tornarem sócios estão, portanto, vinculados às deliberações sociais.

A doutrina majoritária se consolidou com a inclusão do art. 136-A na Lei 6.404/76, o qual prescreve que havendo a aprovação, com quórum qualificado, da inserção de cláusula compromissória no estatuto da sociedade todos os acionistas estarão vinculados, assegurando-se aos acionistas dissidentes apenas o direito de retirada com o respectivo reembolso de suas ações.

A partir desse panorama diversos problemas práticos surgem e atingem sensivelmente aqueles acionistas que possuem baixo percentual do capital social. Em decorrência do art. 136-A, havendo cláusula compromissória no estatuto social da companhia, toda e qualquer disputa referente a relação societária deve ser resolvida pela via arbitral.

Destarte, qualquer prejuízo direto sofrido pelos acionistas, que legitimariam a propositura de uma ação de indenização, deverão ser propostas por meio de uma ação arbitral.

Ocorre que, considerando os custos de um procedimento arbitral nas câmaras arbitrais utilizadas pelo mercado, os quais englobam taxas de administração do procedimento, despesas comuns das partes, honorários dos árbitros por hora de trabalho, eventuais honorários de peritos e honorários advocatícios, tornam a via arbitral, embora juridicamente possível, economicamente inviável para os acionistas individualmente.

Como resposta a essa questão, para que a inclusão de uma cláusula compromissória ao estatuto social não se configure como uma barreira ao acesso à Tutela Jurisdicional, argumenta-se que a utilização de procedimentos arbitrais coletivos seja a melhor forma de defender os direitos dos acionistas que forem diretamente lesados por condutas ímprobas dos administradores ou controladores.

Tal mecanismo processual instrumentaliza-se por meio de uma associação composta pelos acionistas lesados, a qual tem por objeto defender àqueles no bojo do procedimento arbitral, compondo um único polo ativo. A atuação da associação pode ser a título de substituição processual ou representação, cada hipótese possuindo consequências práticas diferentes.

O Objetivo do presente trabalho, longe de criticar a inserção de cláusulas compromissórias nos estatutos sociais das companhias, é propor que a utilização da arbitragem coletiva consiste em meio adequado para superar questões que surgem decorrentes do cometimento de ilícitos praticados pela companhia, pelo controlador, ou por seus diretores, que afetem uma coletividade de acionistas, em especial por oferecer soluções em relação a (i) os custos de um procedimento arbitral, muitas vezes excessivos diante da pretensão individual de um acionista minoritário e (ii) ausência de segurança jurídica, na medida em que, comumente, cada pretensão individual pode possuir soluções diferentes, comprometendo, inclusive, a paridade entre acionistas.

A fim de promover essa análise, busca-se no segundo capítulo indicar as principais características do instituto da arbitragem no Brasil. Analisando os critérios de arbitrabilidade elencados por nosso sistema, e as espécies de convenção arbitral. Busca-se ainda indicar em

que medida a arbitragem oferece vantagens ou desvantagens para aqueles que a escolhem como mecanismo de resolução de demandas.

No terceiro capítulo, busca-se analisar os efeitos do art. 136-A sobre as práticas empresariais. Em que medida os acionistas de uma empresa são vinculados a uma cláusula compromissória estatutária e quais as repercussões práticas dessa vinculação. Para aprofundar a reflexão, apresenta-se um caso real em que as discussões aqui tratadas são relevantes.

Após, no quarto capítulo, busca-se analisar a adequação do Microssistema Brasileiro de Processo Coletivo com o instituto da arbitragem, a fim de refletir sobre a compatibilidade da arbitragem coletiva no ordenamento jurídico brasileiro.

No quinto capítulo, analisa-se de que forma e em que medida a arbitragem coletiva pode ser vantajosa para solucionar problemas que envolvam uma coletividade de acionistas, que ligados a título de direitos individuais homogêneos foram prejudicados por atos ilícitos de companhias. Discute-se também sobre se esta medida traria mais segurança jurídica ao mercado de capitais brasileiro. Ademais, discute-se algumas necessárias adaptações procedimentais que teriam de ser levadas a cabo para viabilizar essa espécie de arbitragem.

Por fim, apresenta-se as conclusões do trabalho, embasadas na doutrina especializada que vem tratando sobre este tema no Brasil e nos Estados Unidos.

## 2 ARBITRAGEM E DIREITO SOCIETÁRIO

Inicialmente, a fim de contextualizar de forma adequada as discussões as quais busca-se enfrentar neste trabalho, é necessário delinear os contornos dos principais aspectos que viabilizam a utilização do instituto da arbitragem para a resolução de conflitos, bem como, discorrer sobre os aspectos práticos identificados quando da submissão de demandas de natureza societária à via arbitral.

Deste modo, o objetivo deste capítulo é demonstrar o grau de compatibilidade constatado pela prática arbitral brasileira entre a via arbitral de resolução de conflitos com as demandas de natureza societária e empresarial, adequação esta, que, inclusive, insere a arbitragem na lista das boas práticas empresariais.

Destarte, neste capítulo buscaremos demonstrar quais são os parâmetros existentes para definir se determinada demanda pode ser discutida via arbitragem (2.1), quais são as espécies de acordo que podem ser realizados pelos sujeitos a fim de submeter discussões ao juízo arbitral em detrimento do poder judiciário (2.2), quais são as discussões societárias que normalmente são submetidas a arbitragem e até que ponto essa escolha se demonstra como adequada (2.3) em que medida a arbitragem se tornou reconhecida pelo mercado como uma boa prática empresarial, e quais as consequências que esse reconhecimento acarreta para as empresas, principalmente para aquelas que possuem ações negociadas em bolsa (2.4).

### 2.1 ARBITRABILIDADE

A Arbitrabilidade é um conceito, portanto, uma representação abstrata, cujo intuito é definir os parâmetros e condições necessárias para que determinada demanda seja considerada como sendo passível de resolução via arbitragem. Neste sentido, José Antônio Fichtner<sup>1</sup> conceitua a Arbitrabilidade como “a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem”.

---

<sup>1</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 223.

Deste modo, é possível considerar a Arbitrabilidade como uma espécie de filtro dos litígios que podem ou não ser submetidos a resolução via arbitral<sup>2</sup>.

Essa seleção busca identificar, por meio de parâmetros subjetivos (arbitrabilidade subjetiva) “quem” pode se submeter à arbitragem, assim como, por meio de parâmetros objetivos (arbitrabilidade objetiva) identificar “o que” pode ser submetido a discussão neste método de resolução de disputas<sup>3</sup>.

A ideia de Arbitrabilidade, como elemento condicionante para definir a possibilidade de utilização da arbitragem como meio de resolução de demandas, encontra sua razão de ser, não propriamente em questões práticas inerentes ao procedimento arbitral, mas, em verdade, em um juízo realizado por cada Estado soberano a respeito de quais demandas sociais admite-se que possam ser afastados da Jurisdição Estatal e submetidas a Jurisdição Arbitral em função do exercício da autonomia privada das partes<sup>4</sup>.

Nesta linha, o que se percebe é que Arbitrabilidade não é um conceito criado no âmbito da prática arbitral, mas em verdade é questão de ordem pública, construída e definida em cada ordenamento jurídico levando em consideração questões políticas, econômicas e mesmo morais, conforme explicado por Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman<sup>5</sup>:

*In any society, it is quite understandable that the legislature should consider that certain types of dispute should not be left to a private dispute resolution mechanism such as arbitration. Even in an international context this is a legitimate concern. For example, it is not appropriate for arbitrators to pronounce a divorce or hear a paternity dispute. The difficulty thus lies not in the principle that certain issues are non-arbitrable, but in determining the limits of that non-arbitrability, and in the rules governing that determination.*<sup>6</sup>

De igual modo, em observância as diferentes formas que os países tratam a questão da Arbitrabilidade, Alan Redfern e Martin Hunter<sup>7</sup> lecionam que “each state decides which

---

<sup>2</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 137.

<sup>3</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 137.

<sup>4</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 223

<sup>5</sup> FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International commercial arbitration**. The Hague: Kluwer, 1999, p. 330.

<sup>6</sup> Tradução livre: Em qualquer sociedade, é bastante compreensivo que o Legislativo considere que certas disputas não devam ser submetidas a mecanismos privados de resolução de conflitos como à arbitragem. Até no contexto internacional isso é uma preocupação legítima. Por exemplo, não é apropriado que árbitros determinem um divórcio ou um reconhecimento de paternidade. A dificuldade não se encontra no princípio que determinadas questões não são arbitráveis, mas em determinar os limites dessa não arbitrabilidade e das regras que regulam essas disposições.

<sup>7</sup> BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6 ed. The Hague: Oxford University Press, 2015, p. 2.127.

*matters may or may not be resolved by arbitration in accordance with its own political, social and economic policy*”<sup>8</sup>.

Seguindo essa linha, é de grande valia demonstrar como a Arbitrabilidade é definida em outros países, a fim de estabelecer parâmetros comparativos quando adentrarmos nas condições estabelecidas pelo ordenamento brasileiro.

Segundo Mauro Rubino-Sarmmartano<sup>9</sup>, na Itália, as disputas referentes a estado civil, divórcio e demais questões que envolvam bens tidos como inegociáveis são excluídas da possibilidade de serem levadas a discussão via arbitral por força do art. 806 do *Codice di procedura civile*.

Na Inglaterra, por outro lado, o ordenamento jurídico não se ocupou em elencar determinações apriorísticas sobre as espécies de demanda que são aptas a serem arbitradas ou não, deixando para que numa análise caso a caso, baseada nos costumes e tradições, os árbitros cheguem à constatação se a demanda é arbitrável.<sup>10</sup>

No entanto, algumas matérias são reconhecidamente não arbitráveis, a exemplo de questões criminais, de família, as que são de competência do Almirantado Britânico, as que tratem de direito falimentar, que de qualquer forma violem o conceito de “Política Pública” ou que surjam no âmbito de contratos ilegais<sup>11</sup>.

Na França, por sua vez, se reconhecia como inválida uma cláusula compromissória em sede de arbitragem doméstica que não tenha sido pactuada no âmbito de uma disputa comercial, no entanto, o conceito francês de disputa comercial é muito específico, sendo apenas consideradas “disputas comerciais” questões em que ambas as partes sejam comerciantes, se excluindo, portanto, as questões entre um sujeito tido como comerciante e outro não<sup>12</sup>.

Noutro giro, caso as partes decidissem se valer da via arbitral após a instauração do litígio não haveria qualquer vício no compromisso firmado, o que, segundo o autor, tal entendimento é explicado pela aplicação do precedente constituído no caso *Alliance v. Premier*, julgado em

---

<sup>8</sup> Tradução livre: Cada Estado decide que matérias podem ou não ser resolvidas por meio de arbitragem de acordo com sua própria visão política, social e econômica.

<sup>9</sup> SARMMARTANO, Mauro Rubino. **International Arbitration: Law and Practice**. 2 ed. Kluwer Law International, 2001, p. 174.

<sup>10</sup> SARMMARTANO, Mauro Rubino. **International Arbitration: Law and Practice**. 2 ed. Kluwer Law International, 2001, p. 174.

<sup>11</sup> SARMMARTANO, Mauro Rubino. **International Arbitration: Law and Practice**. 2 ed. Kluwer Law International, 2001, p. 174.

<sup>12</sup> SARMMARTANO, Mauro Rubino. **International Arbitration: Law and Practice**. 2 ed. Kluwer Law International, 2001, p. 174.

1843 pela Corte de Cassação, esse caso determinou a vedação de que sujeitos não comerciantes acordassem convenções arbitrais que se referissem a questões futuras, como medida de proteção contra a falta de cuidado dos indivíduos de se vincularem a procedimentos arbitrais<sup>13</sup>.

Por sua vez, nos Estados Unidos, o *Federal Arbitration Act* consolidou uma forte presunção de que as disputas em geral podem ser resolvidas por meio de arbitragem, presunção esta que foi confirmada em diversos casos, tais quais, o *Moses H. Cone*, julgado em 1983, em que a Suprema Corte Americana interpretou que, em observância ao *Federal Arbitration Act* qualquer dúvida quanto a aptidão de uma disputa em ser resolvida por meio de arbitragem, deve prevalecer a interpretação em favor da resolução via arbitral<sup>14</sup>.

Seguindo essa linha, o Autor destrincha diversos precedentes demonstrando que o ordenamento jurídico americano reserva espaço bastante alargado para a Arbitrabilidade das demandas, sejam elas de natureza trabalhista, de consumo, responsabilidade civil e até mesmo falimentar, concorrencial e em algumas cortes estaduais até questões familiares como guarda<sup>15</sup>.

É possível perceber, portanto, que, embora existam certas questões comumente tratadas por diferentes ordenamentos jurídicos como não arbitráveis, notadamente as que possuem maior proximidade com parâmetros morais, cada cultura jurídica possui seu próprio método para realizar esse filtro, sendo que a doutrina arbitralista brasileira elencou dois parâmetros de análise já mencionados para realizar o juízo de arbitrabilidade, quais sejam a Arbitrabilidade Subjetiva e a Arbitrabilidade Objetiva, as quais se passa a tratar.

### 2.1.1 Arbitrabilidade Subjetiva

A Arbitrabilidade Subjetiva é o parâmetro que define quem são os sujeitos que podem se submeter à arbitragem<sup>16</sup>. Neste intuito procedeu o legislador quando elaborou o *caput* do art.

---

<sup>13</sup> SARMMARTANO, Mauro Rubino. **International Arbitration: Law and Practice**. 2 ed. Kluwer Law International, 2001, p. 174.

<sup>14</sup> SARMMARTANO, Mauro Rubino. **International Arbitration: Law and Practice**. 2 ed. Kluwer Law International, 2001, p. 176.

<sup>15</sup> SARMMARTANO, Mauro Rubino. **International Arbitration: Law and Practice**. 2 ed. Kluwer Law International, 2001, p. 176-177.

<sup>16</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 234

1º da LArb brasileira<sup>17</sup>, o qual estabelece o requisito fundamental para configuração da Arbitrabilidade Subjetiva, qual seja, a capacidade de contratar.

Em relação as discussões doutrinárias quanto a natureza jurídica da Convenção de Arbitragem, se contratual, ou se verdadeiro negócio jurídico processual, neste trabalho se adota a Teoria Mista como parâmetro que define a natureza jurídica da arbitragem, segundo a qual a Arbitragem nasce como negócio jurídico de direito privado, mas se desenvolve como Jurisdição<sup>18</sup>, motivo pelo que acredita-se que o sentido de capacidade referido no *caput* do art. 1º da LArb brasileira se refere a capacidade de fato (ou de exercício) tal como determinada no Código Civil e não na capacidade processual da Teoria Geral do Processo.

Deste modo, Giovanni Ettore Nanni<sup>19</sup> leciona que arbitrabilidade subjetiva “deflui da capacidade de fato, que é a aptidão para utilizar e exercer direito por si mesmo”.

Estabelecida a regra geral, cumpre discutir sobre os pontos mais controvertidos referentes a arbitrabilidade subjetiva, quais sejam (i) os entes despersonalizados e (ii) os incapazes.

Os grupos despersonalizados são aqueles entes que, por lhes faltar os requisitos necessários para sua subjetivação, são desprovidos de personalidade jurídica<sup>20</sup>. São exemplos de entes despersonalizados a sociedade irregular, a sociedade de fato, a massa falida, a herança jacente, o espólio e o condomínio.

Em razão de sua natureza, surge a discussão doutrinária quanto à possibilidade desses entes despersonalizados firmarem convenção de arbitragem, uma vez que, a princípio, não possuiriam capacidade de direito e, por conseguinte, capacidade de fato.

Ocorre que, embora os grupos despersonalizados não possuam personalidade jurídica, o Direito Privado reconhece para esses entes, mediante determinadas condições, o poder para figurar como sujeitos de direito, podendo titularizar relações jurídicas diversas tais quais, a

---

<sup>17</sup> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. 23 set. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)>. Acesso em: 09 set. 2019.)

<sup>18</sup> CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito privado brasileiro aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem. 2 ed. Campinas: Millennium, 2009, p.15

<sup>19</sup> NANNI, Giovanni Ettore. **Cláusula Compromissória como negócio jurídico**: análise de sua existência, validade e eficácia. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

<sup>20</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. Vol. 1. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 360.

posição jurídica de contratantes, contribuintes, consumidores etc<sup>21</sup>. Motivos pelos quais, conclui Francisco Amaral que o conceito é verdadeira “ficção do direito”<sup>22</sup>.

Segundo Carlos Alberto Carmona<sup>23</sup>, os entes despersonalizados, desde que autorizados (judicialmente, no caso do espólio e do síndico da falência, ou da assembleia de condôminos, no caso do condomínio), podem firmar convenções de arbitragem, uma vez que têm capacidade de ser parte e de estar em juízo.

No mesmo sentido Francisco José Cahali<sup>24</sup> leciona que “o espólio e a massa falida, com autorização judicial do inventariante ou do administrador, podem celebrar convenção arbitral, tal qual o condomínio, pelo síndico com autorização da assembleia de condôminos”, alegando em seguida que “a permissão nestes casos é um requisito essencial, ensejando sua falta à invalidade da convenção arbitral”.

Noutro giro, em relação as pessoas incapazes, é necessário ressaltar que o regime de incapacidade foi recentemente alterado em razão da aprovação da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a qual alterou os artigos 3<sup>o</sup><sup>25</sup> e 4<sup>o</sup><sup>26</sup> do Código Civil brasileiro de modo que, atualmente, com fulcro no art. 3<sup>o</sup>, restou apenas como incapaz para exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Já o art. 4<sup>o</sup> passou a dispor que são relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores que dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderam exprimir sua vontade e, por fim os pródigos.

Passa-se então a discussão quanto à possibilidade dos absolutamente incapazes e relativamente incapazes firmarem convenção de arbitragem.

---

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. Vol. 1. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 361.

<sup>22</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 300.

<sup>23</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

<sup>24</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 138.

<sup>25</sup> Art. 3<sup>o</sup> São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 13 set. 2019)

<sup>26</sup> Art. 4<sup>o</sup> São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 13 set. 2019)

É unânime na doutrina arbitral, bem como resta bastante claro na legislação que na presença das situações de incapacidade previstas no Código Civil, ou seja, na ausência de capacidade de fato, o sujeito se torna impedido de pactuar convenção de arbitragem, a discussão, portanto, se refere ao questionamento quanto ao fato de se por meio de representação ou assistência os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes poderiam fazê-lo.

Carlos Alberto Carmona<sup>27</sup> entende que “considerando-se que a instituição de juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos)”. O autor, portanto, veda a possibilidade de que os representantes e assistentes firmem convenções de arbitragem porque estes teriam meros poderes de administração, não podendo dispor dos bens e direitos do representado ou do assistido.

Esse raciocínio é criticado por outros autores, a exemplo de José Antônio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro<sup>28</sup>, segundo os quais o raciocínio em comento equivoca-se pois não parte da ideia de arbitrabilidade subjetiva (capacidade de contratar), mas sim da ideia de arbitrabilidade objetiva (direitos patrimoniais disponíveis), uma vez que afirma que os incapazes não possuem a disponibilidade sobre seus próprios direitos.

Francisco José Cahali<sup>29</sup>, por sua vez, indica que “a ressalva à utilização da arbitragem não se encontra na capacidade de firmar a convenção, pois podem contratar se assistidos ou representados”. O autor, portanto, não nega a capacidade de contratar de pessoas incapazes, desde que devidamente representadas ou assistidas, no entanto elenca duas restrições a esta possibilidade (i) indisponibilidade dos direitos e (ii) necessidade de participação do Ministério Público como fiscal da lei:

Assim, a convenção arbitral envolvendo menor relativamente incapaz, mesmo assistido pelos pais, tem restrição, pois os direitos em questão são indisponíveis. E mesmo no caso de contratos que envolvam a mera administração, embora permitidos sem autorização judicial aos incapazes assistidos ou representados, o óbice à utilização da arbitragem surge em razão da necessária participação do Ministério Público no processo (art. 82, I, do CPC).

Nesta linha, a crítica realizada ao pensamento de Carlos Alberto Carmona parece se ajustar também ao pensamento de Francisco José Cahali, uma vez que, para este, a ressalva à utilização da arbitragem não decorre da incapacidade do agente, nem necessariamente de uma

---

<sup>27</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

<sup>28</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 239.

<sup>29</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 138

discussão dos limites dos poderes de administração, mas sim da indisponibilidade dos direitos numa determinada situação em concreto.

Noutro giro, Luiz Antônio Scavone Junior<sup>30</sup> advoga pela ideia de que basta que uma pessoa tenha personalidade jurídica para que possa se submeter à arbitragem, pois a discussão estaria no campo da capacidade do gozo de direitos (capacidade de direito) e não do exercício pessoal (capacidade de fato), a qual depende da inexistência das circunstâncias previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil brasileiro.

Para o autor, não há dúvida quanto à possibilidade de os sujeitos serem representados ou assistidos na convenção arbitral, desde que a arbitragem verse sobre direitos patrimoniais disponíveis e que estejam abrangidos pelo pelos poderes de administração atribuídos aos representantes legais, um exemplo disso, tratado pelo próprio autor, seria o contrato de locação que os pais, tutores ou curadores firmam em razão da necessária administração dos bens do incapaz<sup>31</sup>.

Sobre esse exemplo, José Antônio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro tecem comentário no seguinte sentido:

Se, devidamente assistido ou representado, menor pode celebrar contrato de locação, não faz sentido que não possa, também assistido e representado, celebrar convenção de arbitragem. Quem pode dispor do próprio bem em disputa pode dispor também do método de resolução da disputa. Quem pode o mais pode o menos, consoante ensina a lógica.<sup>32</sup>

Por fim, se encerra a análise quanto a arbitrabilidade subjetiva, adotando-se o posicionamento de Diego Franzoni, no sentido de que a arbitrabilidade subjetiva é instituto que na prática se aproxima da noção de arbitrabilidade objetiva, porque as discussões acabam por se resumir numa verificação quanto a possibilidade de submeter à arbitragem o direito controverso, muito mais do que pela análise qualitativa do sujeito, sendo verdadeiramente desnecessária a primeira parte do art. 1º da LArb brasileira<sup>33</sup>. Destarte, passa-se a análise da arbitrabilidade objetiva.

---

<sup>30</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 4 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 21.

<sup>31</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 4 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 22.

<sup>32</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 241.

<sup>33</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 77.

### 2.1.2 Arbitrabilidade Objetiva

A arbitrabilidade objetiva é o parâmetro pelo qual se define quais litígios podem ser submetidos à arbitragem, sendo assim, trata-se de uma discussão sobre a natureza do objeto o qual se procura discutir em sede de jurisdição arbitral. Quanto a isso, o art. 1º<sup>34</sup> da LArb brasileira também definiu a linha central da arbitrabilidade objetiva quando indica “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Destarte, a LArb parece definir os dois critérios essenciais que regem o instituto da arbitrabilidade objetiva, quais sejam (i) patrimonialidade e (ii) livre disponibilidade.

O critério da patrimonialidade, também utilizado nos ordenamentos jurídicos da Suíça, Alemanha e Bélgica, é tido como critério mais adequado para definição de arbitrabilidade objetiva<sup>35</sup>. Essa noção se dá em razão de sua objetividade e precisão quando comparado com o critério da livre disponibilidade, conforme será tratado mais à frente.

No entendimento de João Bosco Lee<sup>36</sup>, é “um critério mais objetivo, como aquele consagrado pelo art. 177, 1, da Lei de Direito Internacional Privado suíça, que recorreu à noção de causa de natureza patrimonial, o que gera uma certeza maior na delimitação do campo de aplicação da arbitrabilidade”.

Francisco José Cahali<sup>37</sup> ilustra seus contornos ao definir o que a ele se exclui, sendo “direitos não patrimoniais” compreendidos pelos “direitos da personalidade (direito à vida, a honra, a imagem, ao nome), e o estado da pessoa (modificação da capacidade, como interdição, dissolução do casamento, reconhecimento ou desconstituição da filiação, atributos do poder familiar, como guarda e regulamentação de visitas), ficam excluídas da arbitragem”.

---

<sup>34</sup> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. 23 set. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)>. Acesso em: 09 set. 2019.)

<sup>35</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 246.

<sup>36</sup> LEE, João. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 08, 2000. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>> Acesso em: 17 set. 2019.

<sup>37</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 138-139

Carlos Alberto Carmona<sup>38</sup>, por outro lado, pondera que estas matérias não estão de todo excluídas da possibilidade de serem arbitradas, pois as consequências patrimoniais que porventura surjam em seu deslindem podem ser objeto de solução via arbitragem.

Deste modo, continua o autor, “é verdade que uma demanda que verse sobre direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o *quantum* da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão)”<sup>39</sup>.

Em relação a livre disponibilidade, explica Carmona, “um direito é disponível quando ele pode ou não ser exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”<sup>40</sup>.

Antônio Sampaio Caramelo<sup>41</sup> critica a utilização desse critério para definir a amplitude do conceito de arbitrabilidade objetiva, uma vez que, segundo o mesmo, é possível constatar a partir da observação dos demais ordenamentos jurídicos que o adotam uma série de dificuldades de ordem prática para submeter à arbitragem matérias que as partes não podem propriamente dispor mas que são notadamente arbitráveis.

José Antônio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro<sup>42</sup> criticam a maneira que a doutrina arbitral brasileira vêm compreendendo o critério da disponibilidade, um vez que defendem a ideia de que para manter a integridade do regime de arbitrabilidade adotado no Brasil é preciso que haja uma diferenciação dos conceitos de disponibilidade utilizado no Direito Privado e de arbitrabilidade, pois este último seria mais amplo que o primeiro.

Segundo os autores, a disponibilidade que caracteriza a arbitragem trata-se de um conceito único, específico, e de maior amplitude do que a utilizada pelo Direito Privado, e, a confusão entre conceitos geraria diversas distorções no regime de arbitrabilidade, na medida em que diversas questões que são notadamente aptas de serem arbitradas as deixariam de ser.

---

<sup>38</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

<sup>39</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

<sup>40</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

<sup>41</sup> CAMELO, Antônio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27. São Paulo: RT, 2010.

<sup>42</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 250-253.

Os autores trazem diversas situações para demonstrar esse ponto, das quais, utiliza-se, aqui, como exemplo, à decadência legal. Por força dos artigos 209<sup>43</sup> e 210<sup>44</sup> do Código Civil, a decadência legal não está sob livre disposição das partes, no entanto, numa arbitragem hipotética, travada entre duas pessoas jurídicas de direito privado, na qual se discute a anulação de uma cláusula contratual, não haveria qualquer óbice que para uma das partes suscitasse a ocorrência de decadência legal em relação ao direito de anular a referida cláusula, ou mesmo que os árbitros decretassem a decadência de ofício.

Outrossim, como trata-se de matéria que não está sob livre disposição das partes, a aplicação ao caso do conceito de disponibilidade conforme o Direito Privado teria como resultado a inarbitrabilidade da questão, razão pela qual a convenção de arbitragem seria nula e a sentença arbitral seria anulável, resultado este destoado do sistema arbitral que constrói-se no Brasil e é adotado pela maioria dos países líderes na seara arbitral.

A crítica parece ser acertada, o que remonta a ideia de que o critério da patrimonialidade parece ser mais adequado para determinar o escopo da arbitrabilidade objetiva.

Deste modo, conclui-se a análise sobre Arbitrabilidade e passa-se as discussões sobre a Convenção Arbitral e suas espécies.

## 2.2 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: COMPROMISSO ARBITRAL E CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A Convenção de Arbitragem é o instrumento que viabiliza a utilização da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos, o que justifica sua posição como elemento essencial no estudo e na correta compreensão do instituto aqui analisado.

Conforme já referido, o presente trabalho adota como teoria adequada para definição da natureza jurídica da arbitragem a Teoria Mista, segundo a qual a arbitragem inicia como

---

<sup>43</sup> Art. 209. É nula a renúncia à decadência fixada em lei. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 18 de set. 2019)

<sup>44</sup> Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 18 de set. 2019)

negócio jurídico de direito privado e se desenvolve como jurisdição<sup>45</sup>. Nesta linha, cumpre ressaltar que essa lógica se reflete nos efeitos da Convenção Arbitral, a qual permite que as partes manifestem sua vontade no sentido de afastar a jurisdição estatal por um lado e conceder jurisdição ao tribunal arbitral por outro<sup>46</sup>.

Por conta desses efeitos, atribui-se a Convenção de Arbitragem caráter híbrido, pois apresenta simultaneamente características contratuais e jurisdicionais<sup>47</sup>. Sobre o aspecto do acordo de vontade, é pela Convenção Arbitral que as partes vinculam seus litígios presentes ou futuros, obrigando-os reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto com efeitos processuais, derroga-se a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros<sup>48</sup>.

Em razão de sua natureza contratual a Convenção de Arbitragem é irretroatável e obrigatória, não sendo possível que uma parte se arrependa da celebração da convenção sem a anuência da outra, conforme restou assentado pelo STJ<sup>49</sup>.

Cumpre destacar também que, a arbitragem possibilita as partes um espaço muito maior de criatividade do que o tradicional processo judicial, e, é na Convenção de Arbitragem que as partes podem definir as características do procedimento de acordo com suas preferências e dos atributos específicos do contrato ou da demanda instalada<sup>50</sup>.

É possível destacar alguns exemplos de disposições que podem ser feitas no bojo da Convenção de Arbitragem. Um primeiro exemplo seria quanto a possibilidade das partes em definirem o direito – material e processual – aplicável para a solução da controvérsia<sup>51</sup>.

Ademais, partes podem escolher a sede da arbitragem, o que quando se trata de arbitragem internacional representa, muitas vezes, elemento crucial para definir o sucesso do

---

<sup>45</sup> CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito privado brasileiro aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem. 2 ed. Campinas: Millennium, 2009, p.15

<sup>46</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 61.

<sup>47</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 61.

<sup>48</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.133.100/BA. Recorrente: Kieppe Participações E Administração LTDA. Recorrida: Graal Participações LTDA. Relatora. Min. Maria Isabel Gallotti. DJ, 22 Fev. 2012, Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25658872&num\\_registro=201201003014&data=20160222&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25658872&num_registro=201201003014&data=20160222&tipo=51&formato=PDF). Acesso em 18. set. 2019

<sup>50</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 66

<sup>51</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15

procedimento, visto que o judiciário do país escolhido tem jurisdição exclusiva sobre, entre outras questões, decidir pedido de anulação da sentença arbitral<sup>52</sup>.

As partes também podem decidir se a arbitragem será institucional ou *ad hoc*. O mais comum é que o procedimento seja institucional, o que significa que ele se torna adstrito ao regulamento de alguma Câmara Arbitral, a qual cumprirá o papel de administradora e conduzirá o procedimento. Por outro lado, o procedimento poderá ser *ad hoc*, hipótese na qual não haverá qualquer centro administrativo que administre o procedimento, nem um regulamento previamente determinado, imbuindo o tribunal arbitral das atribuições necessárias para conduzir o procedimento.<sup>53</sup>

No Brasil, ao contrário de outros sistemas, como o espanhol, que possui apenas a figura do *convênio arbitral*, se escolheu o sistema dual para reger a Convenção de Arbitragem<sup>54</sup>, motivo pelo qual esta é gênero, do qual são espécies a Cláusula Compromissória e o Compromisso Arbitral, conforme se extrai do art. 3º da Larb<sup>55</sup>.

Neste passo, passamos então a analisar casa uma dessas espécies de Convenção de Arbitragem, a fim de determinar suas principais diferenças e aplicabilidade.

### 2.2.1 Cláusula Compromissória

A Cláusula Compromissória é espécie de Convenção Arbitral e encontra seu conceito definido pelo art. 4º<sup>56</sup> da Larb nos seguintes termos “é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

---

<sup>52</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 67

<sup>53</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 69.

<sup>54</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 157

<sup>55</sup> Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. 23 set. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)> Acesso em: 09 set. 2019)

<sup>56</sup> Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. 23 set. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)> Acesso em: 19 set. 2019)

A partir da análise da LArb, a doutrina arbitral dispõe sobre as características da Cláusula Compromissória, sendo as principais (i) acordo na forma escrita, (ii) destinada a resolução de disputas futuras, (iii) disputas originadas de relação jurídica definida e (iv) autônoma em relação ao negócio jurídico<sup>57</sup>.

Em que pese a Teoria Geral dos Contratos indique que, no direito brasileiro, em regra, os contratos não precisam seguir a forma escrita, o ordenamento seguiu em sentido contrário ao regular a Cláusula Compromissória, vedando que a mesma seja pactuado oralmente, a fim de garantir às partes um nível maior de segurança, visto que o acordo em questão possui o efeito de afastar a jurisdição estatal<sup>58</sup>.

No entanto, a vinculação à forma escrita não pode ser tomada como literal, no sentido de que a Cláusula não necessariamente tem que ser redigida em meio físico, mas apenas que a mesma seja elaborada num meio, ainda que digital (e-mail, mensagem de texto etc.) que seja passível de certificação, privilegiando assim uma interpretação do direito mais atualizada e condizente com as práticas comerciais<sup>59</sup>.

Outro elemento de extrema relevância que deve ser observado neste ponto é que, embora a Cláusula deva ser escrita, esse requisito formal não vincula a maneira pela qual as partes podem manifestar sua vontade em se vincular a ela. Na realidade, o consentimento pode ser manifestado tanto de forma expressa como tácita, ou mesmo presumida, ideia esta, que é fundamental para a Teoria da Extensão Subjetiva da Cláusula Compromissória, segundo a qual, é possível vincular um sujeito a um procedimento arbitral, ainda que o mesmo não seja signatário da Cláusula Compromissória, quando puder ser demonstrado que este mesmo sujeito consentiu, ainda que tacitamente, com a sua pactuação, conforme defendido pelos ilustres Arnoldo Wald<sup>60</sup> e Gustavo Tepedino<sup>61</sup>.

De outro lado, como elemento essencial e diferenciador em relação ao Compromisso Arbitral, a Cláusula Compromissória é o instrumento pelo qual se acorda a utilização da arbitragem

---

<sup>57</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 95

<sup>58</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 99.

<sup>59</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 98.

<sup>60</sup> WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 02, 2004.

<sup>61</sup> TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo da arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Revista dos Tribunais**, vol. 903, 2011.

para resolução de demandas futuras. Nas palavras de Francisco José Cahali<sup>62</sup>, tem-se que “é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem”.

Ademais, é necessário que a Cláusula Compromissória seja redigida de forma que fique bem estabelecida qual a relação jurídica a qual a mesma circunscreve. De certo que a Cláusula não pode ser estipulada de forma a abarcar qualquer demanda futura, de qualquer natureza, advinda de qualquer relação, vedação esta, inclusive, que pode ser extraída do próprio art. 4º, que vincula o escopo de aplicação da cláusula com contexto do contrato do qual a mesma faz parte<sup>63</sup>.

Neste ponto, ainda é necessário diferenciar a vedação de que a Cláusula seja redigida com margem para abarcar qualquer demanda, independente desta ter relação com o acordo o qual a o pacto arbitral acompanha, da possibilidade das partes de delinear o escopo da jurisdição do tribunal arbitral. Ou seja, definida a relação jurídica submetida ao pacto arbitral, as partes têm ampla liberdade de definir os limites dos poderes a serem concedidos ao tribunal arbitral<sup>64</sup>.

Outro aspecto que deve ser considerado é quanto as desvantagens em se restringir a jurisdição do tribunal arbitral à problemas específicos que possam advir da relação jurídica, em detrimento de conceder uma jurisdição ampla ao tribunal. Seria a hipótese de um caso julgado pelo STJ<sup>65</sup> em que, no bojo de um acordo de acionistas, a Cláusula Compromissória previa que determinados litígios deveriam ser resolvidos pelo Poder judiciário. Este tipo de previsão acarreta diversos problemas em relação a própria interpretação da Cláusula, além de aumento de custos e duplicidade de trabalho, sem falar em possíveis problemas em razão de decisões conflitantes<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 157

<sup>63</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 95

<sup>64</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 95

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.133.100/BA. Recorrente: Kieppe Participações E Administração LTDA. Recorrida: Graal Participações LTDA. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. DJ, 22 fev. 2016.

Disponível

em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201201003014&dt\\_publicacao=22/02/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201003014&dt_publicacao=22/02/2016).

Acesso em 20 set. 2019

<sup>66</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 96

Cumpra notar também que, a Cláusula Compromissória poder ser estipulado no contrato ou em documento apartado, mas ela não possui natureza de disposição acessória, mas sim de compromisso autônomo, na linha do quanto estipulado no art. 8<sup>67</sup> da LArb.

A cláusula arbitral, portanto, institui uma relação jurídica autônoma, independente da relação jurídica do negócio contratado. Por este motivo, ainda que omissa o instrumento, a invalidade de outras cláusulas, ou mesmo de todo o contrato, não contaminam a cláusula arbitral que, caso hígida em seus requisitos, se mantém válida e eficaz<sup>68</sup>.

### 2.2.2 Compromisso Arbitral

O Compromisso Arbitral é espécie de convenção de arbitragem que será firmado após o surgimento da disputa, ou seja, é um pacto *a posteriori*. No dizeres do art. 9<sup>69</sup> da LArb o Compromisso Arbitral é “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

Como se observa do dispositivo citado, o Compromisso Arbitral pode ser judicial, promovido perante o juízo ou tribunal onde tramita a demanda, ou extrajudicial. Sendo extrajudicial será celebrado através de instrumento público ou particular, sendo nesta última forma, necessariamente em documento escrito, com duas testemunhas, sob pena de nulidade<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. 23 set. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)> Acesso em: 19 set. 2019)

<sup>68</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 180

<sup>69</sup> Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. 23 set. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)> Acesso em: 19 set. 2019)

<sup>70</sup> § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. (BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. 23 set. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)> Acesso em: 19 set. 2019)

Sendo judicial, será celebrado por termo nos autos do processo em curso (enquanto não houver sentença ou acórdão transitado em julgado), necessariamente mediante a assinatura das partes e dos respectivos patronos, conforme determinado pela art. 209<sup>71</sup> do CPC/15.

Neste caso, a consequência de sua celebração será a extinção do processo sem resolução de mérito, em razão do efeito negativo do acordo, o qual subtrai do Judiciário a jurisdição para apreciar a demanda e, outorgando às partes, em seu efeito positivo, a jurisdição privada e poder decisório ao Tribuna Arbitral<sup>72</sup>.

Por outro lado, também é possível a celebração de Compromisso Arbitral em sede judicial por meio de sentença exarada em demanda de instituição de arbitragem própria do art. 7 da LArb<sup>73</sup>.

A ação referida trata de mecanismo processual de tutela específica por meio do qual se concede ao juízo poderes para instituir uma arbitragem que vem sendo resistida por uma das partes, quando a cláusula compromissória firmada for vazia, ou seja, quando lhe faltar elementos suficientes para que a parte requerente possa instituir o Tribunal Arbitral (modo de nomear os árbitros). Neste cenário a decisão proferida pelo juiz, se de procedência, produzirá efeitos de um Compromisso Arbitral, preenchendo as lacunas da cláusula compromissória e possibilitando a constituição do Tribunal Arbitral<sup>74</sup>.

Em termos de elementos que o compõem, o Compromisso Arbitral se diferencia umbilicalmente da cláusula compromissória pelo simples fato que se somam aos elementos formadores o próprio objeto do litígio já existente. Vale o comentário de que o objeto do Compromisso Arbitral pode abranger tanto questões contratuais como extracontratuais<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Art. 209. Os atos e os termos do processo serão assinados pelas pessoas que neles intervierem, todavia, quando essas não puderem ou não quiserem firmá-los, o escrivão ou o chefe de secretaria certificará a ocorrência. (BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF. 16 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 25 set. 2019)

<sup>72</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 181.

<sup>73</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 115

<sup>74</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 153.

<sup>75</sup> SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.) **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 115

### 2.3 APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA RESOLUÇÃO DE DEMANDAS SOCIETÁRIAS

A arbitragem vem se consolidando como um importantíssimo mecanismo de resolução de disputas no cenário empresarial, sendo os conflitos societários a espécie de demanda que representa o maior volume de arbitragens instauradas nas principais Câmaras Arbitrais do país.

Segundo estatísticas levantadas no ano de 2018 pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)<sup>76</sup>, a maior parte dos dos procedimentos em andamento no período envolveram matérias societárias 40%, seguidas de contratos empresariais em geral 22%.

Já as estatísticas da Câmara de Arbitragem do Mercado <sup>77</sup>(CAM-B3) não apenas indicam o crescimento do número de companhias que tem optado pela inserção de cláusula arbitral em seus estatutos, bem como que o volume de arbitragens de caráter societário representa mais de 70% das causas por ela administradas.

Em estudo realizado pelo escritório L.O Baptista Advogados<sup>78</sup>, no qual levantou-se dados da AMCHAM BRASIL, Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM B3, Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil – CAMARB, Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem – CCMA CIESP/FIESP, Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM-CCBC e da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI (nesta última apenas se considerou arbitragens em que todas as partes eram brasileiras) do ano de 2016 até 2018, 38% das arbitragens foram referentes a conflitos societários (conflitos em M&A, dissolução de sociedades etc.).

Esses dados acima de tudo demonstram que o empresariado brasileiro percebeu na arbitragem um mecanismo de resolução de conflitos eficiente e alinhado com a lógica e necessidades da prática empresarial.

---

<sup>76</sup> CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO BRASIL-CANADÁ. Estatísticas gerais. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/>> Acesso em: 25 set. 2019

<sup>77</sup> CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO BRASIL BOLSA BALCÃO (B3). Sobre a CAM. Disponível em: <[http://www.b3.com.br/pt\\_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/sobre-a-cam/](http://www.b3.com.br/pt_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/sobre-a-cam/)> Acesso em: 25 set. 2019

<sup>78</sup> L.O Baptista Advogados. **Arbitragens em conflitos societários em 2016, 2017 e 2018 (até julho)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/levantamento-arbitragens-conflitos.pdf/>>. Acesso em: 25 set. 2019.

Conforme indicado por Diego Franzoni<sup>79</sup> “A qualidade do sistema de solução de litígios é fator bastante relevante para o desenvolvimento das sociedades e da atividade empresarial”. Outrossim, pode-se concluir que a arbitragem vem cumprindo uma função no Brasil de estabelecer um sistema mais eficiente de proteção dos direitos dos sujeitos envolvidos no mercado de capitais e no mercado empresarial em geral<sup>80</sup>.

Nesse sentido, um mecanismo de resolução de conflitos mais eficiente está mais apto a cumprir o objetivo final do direito comercial que é justamente incrementar o fluxo das relações comerciais e ao mesmo tempo preservar o bom funcionamento do sistema como um todo<sup>81</sup>.

Ainda nessa linha, a fim de adequadamente contextualizar o papel da arbitragem no desenvolvimento da atividade empresarial, merece ser mencionada a ponderação de Arnoldo Wald em relação ao nível de importância que disputas societárias representam para as empresas, nas palavras do ilustre autor:

Adicionalmente, os conflitos societários representam um alto custo para as empresas, ameaçando reduzir o valor das suas ações e dificultando a sua expansão e o seu desenvolvimento. Em muitos casos, as batalhas entre minoritários e majoritários, ou entre titulares do controle partilhado, perturbam o futuro da empresa, na medida em que ela perde credibilidade e vê o seu crédito minguar. Em certos casos, a dissolução total ou parcial das empresas ou os conflitos sucessivos entre os acionistas podem até levá-las à insolvência.<sup>82</sup>

Outrossim, passa-se para uma análise mais detida do racional por traz da escolha de se submeter litígios ligados a prática empresarial à arbitragem, a fim de determinar as possíveis vantagens, ou mesmo desvantagens de tal escolha.

### **2.3.1 Possíveis vantagens e desvantagens da utilização da Arbitragem para resolução de demandas de Direito Societário**

A análise das vantagens e desvantagens da escolha pela jurisdição arbitral deve ser entendida como um exercício puramente teórico, com elevado grau de abstração, uma vez que o objetivo desse capítulo não é propor resultados que se pretendam absolutos, ou que sirvam para orientar condutas concretas.

---

<sup>79</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.28.

<sup>80</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.28.

<sup>81</sup> FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 80

<sup>82</sup> WALD, Arnoldo A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, 2009, n. 20, p. 9-24.

Em realidade, por mais que se aponte características quanto ao uso da arbitragem que são percebidas pela doutrina como vantajosas ou desvantajosas, apenas os agentes no caso concreto podem chegar à conclusão do que de fato faz sentido dentro da lógica de cada operação econômica.

No máximo, o que se tenta traçar aqui é um panorama do que vem sendo entendido como fatores relevantes que agregam valor, ou, ao contrário, trazem ineficiência pela decisão empresarial de afastar a jurisdição estatal em prol da jurisdição arbitral.

### 2.3.1.1 Vantagens da Arbitragem

As principais vantagens da arbitragem aos olhos da doutrina seriam (i) especialidade, (ii) celeridade, (iii) confidencialidade e (iv) informalidade.

Quanto a primeira vantagem, deve ser destacado o fato de que no juízo arbitral, em geral as próprias partes exercem o direito de escolher o arbitro ou árbitros que elas achem mais aptos a julgar a demanda, o que é de grande valia, levando-se em conta que uma grande parte dos juízes dos tribunais brasileiros não estão familiarizados com demandas empresariais complexas, dificultando muito a discussão em juízo.

Por outro lado, o exercício da escolha dos árbitros pelas partes pode resultar num tribunal arbitral composto por profissionais com conhecimento técnico mais verticalizado, específico e aprofundando, sobre as matérias objeto da disputa<sup>83</sup>.

Ademais, os árbitros, imbuídos de poder jurisdicional para a resolução de uma demanda específica, se comprometem a dispor de uma quantidade de tempo específica para o julgamento do caso, realidade muito diferente de um juiz estatal que deve dividir seu tempo entre milhares de processos. Motivos pelos quais pode-se esperar dos árbitros um julgamento mais minucioso.

Quanto a celeridade do procedimento arbitral, é uma vantagem diretamente relacionada com as características mencionadas anteriormente. O comprometimento dos árbitros em relação ao tempo da causa alinhado com uma maior flexibilidade procedimental, resulta num meio de resolução de conflitos que normalmente se demonstra muito mais célere que o judiciário.

---

<sup>83</sup> WALD, Arnold. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. **Revista de Arbitragem e Mediação**, 2007, n. 12.

Esse fator é extremamente relevante para a seara empresarial, pois os agentes precisam tomar decisões de modo mais eficiente possível para acompanhar o fluxo do capital. Como bem pontuado por Pedro Batista Martins<sup>84</sup>, os conflitos oriundos da relação societária geram uma indesejada tensão a qual prejudica os esforços dos agentes para atingirem os objetivos sociais, motivo pelo qual a eternização dos conflitos resulta em prejuízos tanto aos sócios como a companhia.

No entanto, cabem algumas ressalvas que podem acabar prejudicando a natureza célere da arbitragem. A primeira é quanto ao fato de que, os árbitros não podem executar suas próprias decisões, pois o poder de coerção é de monopólio do Estado<sup>85</sup>. Desse modo, existe um risco bastante plausível de se prejudicar a celeridade alcançada na fase de conhecimento em razão da dificuldade de se executar as decisões obtidas.

Em segundo lugar tem-se a utilização de medidas antiarbitragem, as quais segundo Diego Franzoni<sup>86</sup> seriam “impugnações e óbices colocados pelas partes ao desenvolvimento do processo arbitral”, essas medidas podem ser realizadas em face do judiciário ou do próprio Tribunal Arbitral.

Quanto a confidencialidade, cumpre ressaltar que seja a sociedade fechada ou aberta, o conhecimento pelo mercado de conflitos entre sócios sempre possui a possibilidade de causar danos marginais, ao afastar investidores, prejudicar a credibilidade da empresa perante terceiros e, no caso das companhias abertas, de forma direta impactar nos valores das ações<sup>87</sup>.

Por isso, um dos elementos mais desejados pelas sociedades empresárias é que seus conflitos sejam resolvidos por um meio que preze a confidencialidade, ora, por muitas vezes os litígios envolvem as contas da empresa, ou métodos de produção e exercício da atividade fim, os quais preferivelmente não devem ser acessíveis ao público ou a concorrência<sup>88</sup>.

Nesta linha, quanto menos agentes tiverem conhecimento sob o litígio menores serão os riscos de danos colaterais oriundos daquele. Por esse motivo, diferentemente do âmbito judicial, em

---

<sup>84</sup> MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 58-59

<sup>85</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: execução**. 13 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 80

<sup>86</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.45

<sup>87</sup> WALD, Arnoldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. **Revista de Arbitragem e Mediação**, 2007, n. 12.

<sup>88</sup> WALD, Arnoldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. **Revista de Arbitragem e Mediação**, 2007, n. 12.

que a confidencialidade é a exceção, conforme o art. 93, XI da CF/88<sup>89</sup>, é prática arbitral corriqueira que os procedimentos sejam sigilosos.

Levando isso em conta, a maioria dos regulamentos das grandes Câmaras Arbitrais do país, possuem disposições justamente para garantir o sigilo dos procedimentos, a exemplo do art. 14 do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM-CCBC, segundo o qual:

14.1 O procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem. 14.1.1. Para fins de pesquisa e levantamentos estatísticos, o CAM-CCBC se reserva o direito de publicar excertos da sentença, sem mencionar as partes ou permitir sua identificação. 14.2. É vedado aos membros do CAM-CCBC, aos árbitros, aos peritos, às partes e aos demais intervenientes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral<sup>90</sup>.

No entanto, cumpre informar que nem toda arbitragem poderá ser sigilosa, motivo pelo qual Diego Franzoni<sup>91</sup> a classifica essa característica como uma vantagem relativa, justamente pelo fato de que a depender do objeto que estará sendo discutido, por determinação legal, ou mesmo da configuração da sociedade a confidencialidade poderá ser vedada.

Em relação a flexibilidade, tem-se que, como a arbitragem é um terreno mais fértil para a autonomia privada, as partes possuem uma margem muito maior para moldar e conduzir o procedimento da forma que melhor se adapte suas necessidades<sup>92</sup>.

Segundo Guilherme Setoguti J. Pereira<sup>93</sup> a flexibilidade da arbitragem pode ser notada por dois aspectos diferentes. O primeiro seria na liberdade das partes de disciplinar o procedimento, assim como, subsidiariamente, os árbitros. O segundo, por sua vez, seria

<sup>89</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 02 de out. 2019)

<sup>90</sup> CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Regulamento. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>> Acesso em: 02 de out. 2019

<sup>91</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47

<sup>92</sup> MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese\\_FINAL\\_4.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese_FINAL_4.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2019

<sup>93</sup> PEREIRA, Guilherme Setoguti. Procedimento, *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018

justamente a possibilidade de adaptação, no curso da arbitragem, das regras procedimentais anteriormente ajustadas.

### 2.3.1.2 Desvantagens da Arbitragem

As principais desvantagens, trazidas pela doutrina seriam (i) custos de curto e médio prazo, (ii) possibilidade de questionamento perante o judiciário, (iii) impossibilidade de recorrer e (iv) possível grau de dependência dos árbitros.

A característica da arbitragem que é mais identificada, não apenas pela doutrina, mas também pelos agentes do mercado como flagrantemente desvantajosa é o seu custo. É sabido que para iniciar uma arbitragem e obter uma decisão final os custos não são baixos.

No caso das arbitragens institucionais, os regulamentos preveem o pagamento de taxa de registro e administração, com base no valor da causa, bem como os honorários arbitrais, mediante estimativa de trabalho<sup>94</sup>.

No CAM-CCBC, por exemplo, são previstas as seguintes despesas: (i) taxa de registro em valor fixo; (ii) taxa de administração variável de acordo com o valor estimado da disputa; (iii) honorários dos árbitros variáveis também de acordo com o valor estimado da disputa, sendo que cada árbitro tem direito a um mínimo de 100 (cem) horas, cujo valor deverá ser depositado no prazo de 30 (trinta) dias da instauração do processo arbitral, pela parte requerente, ou do recebimento da notificação de instauração, pela parte requerida; (iv) fundo de despesas administrativas do CAM; (v) honorários periciais, se for caso; (vi) honorários do Comitê Especial, caso necessária a sua intervenção<sup>95</sup>.

A questão dos custos da arbitragem é de fundamental importância para a análise que se busca realizar no presente trabalho, uma vez que a discussão quanto a eficiência e adequação da adoção de uma Arbitragem na modalidade Coletiva se origina justamente de, entre outras problemáticas, um problema referente a possibilidade dos agente de arcarem com as custas dessa via de resolução de disputas.

---

<sup>94</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51

<sup>95</sup> CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Tabela de despesas. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>> Acesso em: 02 de out. 2019

Nesta linha, Viviane Muller Prado<sup>96</sup>, traz argumentos para essa discussão, ao refletir sobre decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no ano de 2017, no processo n. 5009846-10.2015.4.04.7201. O caso em questão diz respeito a uma demanda indenizatória ajuizado por um acionista da Petrobras, o qual pleiteava reparação, em face da empresa, no valor de R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais), por conta da desvalorização do valor das ações da mesma, que ocorreu ao tempo em que notícias de corrupção e má administração da empresa eram noticiadas em decorrência da Operação Lava Jato.

A decisão da referida demanda, conforme relatado pela autora, foi no sentido de extinguir o feito sem resolução de mérito, indicando que a questão devia ser resolvida em sede de arbitragem<sup>97</sup>.

No caso, a decisão em comento seguiu as previsões jurídicas (as quais serão devidamente analisadas no capítulo 3 deste trabalho) do modo como vem sendo entendidas pela maioria da doutrina, o que, por sua vez, significa que para que aquele autor possa submeter sua questão a tutela jurisdicional ele deveria ingressar com requerimento de arbitragem perante a Câmara de Arbitragem do Mercado da B3, conforme a Cláusula Compromissória do Estatuto Social da companhia indicada<sup>98</sup>.

Ocorre que, o valor médio de um procedimento na Câmara em questão gira em torno de R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), motivo pelo qual, muito provavelmente a busca daquele autor pelos seus direitos deve cessar, isto porque o valor da causa é inferior às custas da arbitragem. Nesse contexto, os custos da arbitragem representaram verdadeira barreira para o acesso à Justiça Privada dos pequenos investidores<sup>99</sup>.

Noutro giro, ao passo em que as custas da arbitragem podem em alguns casos, como o acima descrito, representar sério problema na utilização desse meio de resolução de conflitos, não se pode perder de vista que, na maioria dos casos é muito mais prejudicial do ponto de vista econômico-financeiro para as partes postergar a resolução da questão. Outrossim,

---

<sup>96</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e mercado de ações. **Revista JOTA**. 11 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-coletiva-e-mercado-de-acoes-11012017//>> Acesso em: 02 de out. 2019

<sup>97</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e mercado de ações. **Revista JOTA**. 11 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-coletiva-e-mercado-de-acoes-11012017//>> Acesso em: 02 de out. 2019

<sup>98</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e mercado de ações. **Revista JOTA**. 11 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-coletiva-e-mercado-de-acoes-11012017//>> Acesso em: 02 de out. 2019

<sup>99</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e mercado de ações. **Revista JOTA**. 11 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-coletiva-e-mercado-de-acoes-11012017//>> Acesso em: 02 de out. 2019

principalmente quando se compara com a solução via judicial, que pode se arrastar por décadas, a escolha pela arbitragem quase sempre representa um custo benefício melhor<sup>100</sup>.

Em relação a possibilidade de questionamento da arbitragem perante o judiciário, retorna-se a ponderação quanto as medidas antiarbitragem, e a impossibilidade do Tribunal Arbitral executar suas próprias decisões, deixando a parte vencedora exposta ao risco de passar pela situação incômoda de possuir uma sentença favorável de mérito e não poder executá-la, ou mesmo de enfrentar uma rediscussão do litígio<sup>101</sup>.

Uma interessante característica que pode ser encarda como uma desvantagem, ao menos relativamente, é a impossibilidade de recorrer das decisões interlocutórias e da sentença, o que impede a eternização da discussão de mérito, mas representa grande risco principalmente à parte mas fraca (que conte com condições inferiores de contratar uma defesa técnica de alta qualidade), sendo outra desvantagem sensível para o pequeno investidor<sup>102</sup>.

Por último pode ser feito referência ao possível grau de dependência dos árbitros. Como usualmente colocado o arbitro é um ser do mercado, e não uma autoridade pública, o que pode significar em um julgamento mais apurado das demandas, em razão de suas experiências pessoais, mas também pode significar a tomada de decisões considerando-se a preservação de certos relacionamentos<sup>103</sup>.

Nestes termos, percebe-se que não é possível se falar de um meio de resolução de disputas “correto”, mas sim de um meio de resolução de disputas que seja mais “adequado” para a cada situação concreta. No entanto, conforme a prática tem demonstrado, quando se trata de disputas inseridas no meio de relações corporativas, a arbitragem, a despeito de suas possíveis desvantagens, parece quase sempre corresponder ao meio de resolução de disputas mais escolhido pelos agentes econômicos.

#### 2.4 A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

Passamos então a analisar a correlação do uso da arbitragem como instrumento inserido na estrutura de governança corporativa das empresas, com ênfase nas companhias abertas e, em

---

<sup>100</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51

<sup>101</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

<sup>102</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52

<sup>103</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53.

que medida essa correlação propõe-se a gerar melhorias na política de proteção dos acionistas minoritários.

Deste modo, cumpre definir, a princípio, o que é governança corporativa, qual sua importância e de que modo ela se faz presente no Brasil. Segundo Mario Engler<sup>104</sup>, governança corporativa consiste:

no conjunto de instituições (leis, regulamentos, normas estatutárias, disposições contratuais e práticas negociais) que tratam do relacionamento entre aqueles que investem recursos na companhia (acionistas, credores, empregados, fornecedores, clientes e a comunidade) e os responsáveis pela sua gestão (administradores e acionista controlador).

Segundo o autor, o elemento central de preocupação da governança corporativa é assegurar que todos os sujeitos detentores do poder de gestão ou decisão (administradores e acionistas controladores) sobre a destinação dos recursos investidos atuem na direção dos interesses dos investidores (acionistas e terceiros ligados à atividade empresarial) e não ao seu próprio<sup>105</sup>.

Ainda nesta linha, o autor indica que a implementação desse conjunto de estruturas voltadas para regular e equilibrar o exercício do poder nas empresas vêm sendo percebida – baseado tanto em dados empíricos como acadêmicos – como uma forma de maximizar tanto benefícios internos a própria empresa, a partir da melhora de seu desempenho, como também benefícios externos mediante um aumento de segurança para terceiros que queiram investir na empresa, muitas vezes por meio do mercado de capitais<sup>106</sup>.

Esses benefícios advêm da minimização dos conflitos sociais, conflitos estes que podem ser identificados como (i) problema de agência e (ii) problema de expropriação.

Quanto ao primeiro, é espécie de conflito de interesses sociais presente em mercados cujas empresas possuem controle acionário pulverizado (quando nenhum acionista concentra uma proporção do capital social suficiente para lhe garantir uma predominância nas deliberações sociais), como por exemplo os Estados Unidos.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> JUNIOR, Mario Engler Pinto. A governança corporativa e os órgãos de administração. *In*: FILKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Org.). **Direito Societário: gestão e controle**. São Paulo, 2008, p. 79

<sup>105</sup> JUNIOR, Mario Engler Pinto. A governança corporativa e os órgãos de administração. *In*: FILKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Org.). **Direito Societário: gestão e controle**. São Paulo, 2008, p. 79

<sup>106</sup> JUNIOR, Mario Engler Pinto. A governança corporativa e os órgãos de administração. *In*: FILKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Org.). **Direito Societário: gestão e controle**. São Paulo, 2008, p. 79-81.

<sup>107</sup> JUNIOR, Mario Engler Pinto. A governança corporativa e os órgãos de administração. *In*: FILKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Org.). **Direito Societário: gestão e controle**. São Paulo, 2008, p. 79-81.

Neste cenário, a governança corporativa se propõe a solucionar o problema de agência, o qual consiste num desalinhamento de interesses entre os agentes (gestores da companhia) dos principais (investidores, verdadeiros detentores do capital).<sup>108</sup>

Noutro giro, o segundo caso se dá em mercados cujas companhias predominantemente possuem controle concentrado em relação a um ou poucos acionistas. Neste cenário, a governança corporativa busca solucionar o problema de expropriação, que tem como pano de fundo os benefícios particulares do controle, mediante o desvio de recursos da empresa para beneficiar o controlador em detrimento dos minoritários. Desta forma a preocupação passa a ser em garantir o tratamento equitativo entre o controlador e os minoritários.<sup>109</sup>

E é nesse segundo cenário que se encontra o Brasil. Em artigo sobre o tema Luiz Eduardo Lopes da Silva, Ana Paula dos Reis Pirajá e Carla Amaral de Andrade Junqueira, analisam justamente como a arbitragem se situa neste conjunto de estruturas cujo objetivo é minimizar esse conflito de interesse<sup>110</sup>.

No âmbito do artigo, os autores elucidam que as práticas de governança corporativa no contexto brasileiro servem justamente para fortificar a proteção dos acionistas minoritários e dar mais solidez ao nosso mercado de capitais pelo aumento da segurança aos investidores.<sup>111</sup>

No contexto do mercado de capitais esses resultados seriam alcançados ao tentar conciliar por um lado o interesses dos controladores e administradores de capitalizarem a empresa mediante oferta inicial de ações, sem no entanto quererem compartilhar o poder deliberativo, com o intuito dos novos investidores de se tornarem acionistas e gozar de seus poderes políticos adquiridos pela propriedade e posse de suas ações.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> JUNIOR, Mario Engler Pinto. A governança corporativa e os órgãos de administração. *In*: FILKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Org.). **Direito Societário: gestão e controle**. São Paulo, 2008, p. 79-81.

<sup>109</sup> JUNIOR, Mario Engler Pinto. A governança corporativa e os órgãos de administração. *In*: FILKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Org.). **Direito Societário: gestão e controle**. São Paulo, 2008, p. 79-81.

<sup>110</sup> SILVA, Luiz Eduardo Lopes da; PIRAJÁ, Ana Paula dos Reis; JUNQUEIRA, Carla Amaral de Andrade. A governança corporativa e a arbitragem. **MIGALHAS**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2078,101048A+Governanca+Corporativa+e+a+Arbitragem//>> Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>111</sup> SILVA, Luiz Eduardo Lopes da; PIRAJÁ, Ana Paula dos Reis; JUNQUEIRA, Carla Amaral de Andrade. A governança corporativa e a arbitragem. **MIGALHAS**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2078,101048A+Governanca+Corporativa+e+a+Arbitragem//>> Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>112</sup> SILVA, Luiz Eduardo Lopes da; PIRAJÁ, Ana Paula dos Reis; JUNQUEIRA, Carla Amaral de Andrade. A governança corporativa e a arbitragem. **MIGALHAS**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2078,101048A+Governanca+Corporativa+e+a+Arbitragem//>> Acesso em: 07 out. 2019.

Outro conflito, além da repartição do poder político é, em muitos casos, acarretado pela diferença de expectativas do controlador em relação aos novos investidores, no que tange a distribuição de dividendos, pois, o primeiro, normalmente, tem seus interesses alinhados a uma perspectiva de longo prazo visando o reinvestimento dos recursos, enquanto que os últimos esperam gozar de seus dividendos numa perspectiva de curto a médio prazo<sup>113</sup>.

Pela enorme sensibilidade que essas divergências representam na dinâmica de uma empresa é que, como aponta os autores, diversas instituições do país elegeram a governança corporativa como o conjunto de práticas necessárias para a obtenção de diversos benefícios, tais como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDS) que criou programa de assistência a sociedades anônimas que adotassem práticas reconhecidas de governança e a própria B3 que lista as empresas negociadas em diferentes segmentos de mercado (Nível 1, Nível 2, Novo Mercado e Bovespa Mais) baseada em seu grau de governança corporativa<sup>114</sup>.

A arbitragem, nesse contexto, se apresenta justamente como um elemento necessário para enquadrar uma empresa nos segmentos de maior nível de governança (Nível 2, Novo Mercado e Bovespa Mais). Em outras palavras, a existência de cláusula compromissória no estatuto social de uma companhia é vista como elemento necessário para que ela se enquadre na classificação de companhias consideradas como as mais solidas e seguras para investidores. Conforme se aduz de cláusula do regulamento de listagem Nível 2 da B3<sup>115</sup>:

13.1 Arbitragem. A BM&FBOVESPA, a Companhia, o Acionista Controlador, os demais acionistas da Companhia, os Administradores e os membros do conselho fiscal da Companhia comprometem-se a resolver toda e qualquer disputa ou controvérsia relacionada com ou oriunda deste Regulamento de Listagem, do Contrato de Participação no Nível 2 de Governança Corporativa, do Regulamento de Sanções, das Cláusulas Compromissórias, em especial, quanto à sua aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, nos termos do seu Regulamento de Arbitragem.

A razão de se incluir a arbitragem no bojo destas práticas se relaciona com as vantagens já expostas neste trabalho, as quais objetivam prover um meio de solução de disputas que seja

---

<sup>113</sup> SILVA, Luiz Eduardo Lopes da; PIRAJÁ, Ana Paula dos Reis; JUNQUEIRA, Carla Amaral de Andrade. A governança corporativa e a arbitragem. **MIGALHAS**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2078,101048A+Governanca+Corporativa+e+a+Arbitragem//>>> Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>114</sup> SILVA, Luiz Eduardo Lopes da; PIRAJÁ, Ana Paula dos Reis; JUNQUEIRA, Carla Amaral de Andrade. A governança corporativa e a arbitragem. **MIGALHAS**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2078,101048A+Governanca+Corporativa+e+a+Arbitragem//>>> Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>115</sup> BRASIL BOLSA BALCÃO. Regulamento de listagem. Disponível em: <[http://www.b3.com.br/pt\\_br/regulacao/estrutura-normativa/listagem//>](http://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/listagem//>)>. Acesso em: 07 de out. 2019

mais rápido e técnico que o judiciário. Nesta linha, Diego Franzoni<sup>116</sup> alega que “o seu benefício para a sociedade é evidente, na medida em que, reduzindo o potencial negativo dos conflitos internos, ela auxilia o incremento dos investimentos e do financiamento externo da empresa”.

Por outro lado, em sentido diverso e menos óbvio, os autores Luiz Eduardo Lopes da Silva, Ana Paula dos Reis Pirajá e Carla Amaral de Andrade Junqueira apresentam um outro aspecto da previsão de convenção arbitral no seio das práticas de governança, e, em sentido contrário ao que usualmente se espera ela pode servir como forma de proteger a própria empresa dos pleitos “aventureiros” de seus minoritários<sup>117</sup>.

Nesta linha caminham os autores quando alegam:

Também por isso, deve ser alertado tal investidor que a submissão ao regime arbitral tem como resultado possível a censura a seu procedimento eventualmente especulativo, sendo possível registrar-se a existência de risco de decisão que contrarie frontalmente seu interesse face ao comprometimento que seu atendimento traria à própria solidez e de desenvolvimento da empresa receptora do investimento<sup>118</sup>.

A partir dessa colocação se demonstra que a arbitragem, bem como a própria Governança Corporativa, nem sempre estará sendo construída no sentido de favorecer o minoritário a qualquer preço, principalmente, quando sua atuação desarrazoada possa por em risco o objetivo essencial da empresa, buscando-se na verdade, mais do que apenas uma resolução do conflito mas também uma harmonização de interesses.

Esse papel da arbitragem no seio das práticas de Governança possui fundamental relevância no contexto do presente trabalho, uma vez que aqui propõe-se analisar uma modalidade de arbitragem cuja finalidade seria justamente reequilibrar os interesses do agentes, em face de uma distorção que, ao nosso sentir, se origina de uma extrapolação da proteção da empresa, e consequentemente do controlador em detrimento dos minoritários, em face de uma situação em que o investidor individual encontra óbice para pleitear seu direito em decorrência de sua vinculação a cláusula compromissória estatutária.

---

<sup>116</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52

<sup>117</sup> SILVA, Luiz Eduardo Lopes da; PIRAJÁ, Ana Paula dos Reis; JUNQUEIRA, Carla Amaral de Andrade. A Governança corporativa e a arbitragem. **MIGALHAS**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2078,101048A+Governanca+Corporativa+e+a+Arbitragem//>> Acesso em: 07 out. 2019

<sup>118</sup> SILVA, Luiz Eduardo Lopes da; PIRAJÁ, Ana Paula dos Reis; JUNQUEIRA, Carla Amaral de Andrade. A Governança corporativa e a arbitragem. **MIGALHAS**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2078,101048A+Governanca+Corporativa+e+a+Arbitragem//>> Acesso em: 07 out. 2019

Outrossim, não se questiona que a escolha da arbitragem seja um eficaz elemento de governança corporativa, apenas busca-se analisar neste trabalho a viabilidade da, em casos de demandas que envolvam direitos individuais homogêneos de investidores no mercado de capitais, utilização de arbitragem coletiva, no intuito de melhor administrar os conflitos de interesses, o que representaria uma melhora na estrutura de governança das companhias.

### 3 A INSERÇÃO DE UMA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E SEUS EFEITOS

Após feita a contextualização do cenário em que a presente discussão se insere, passamos então a delinear como se origina a problemática aqui enfrentada. Deste modo, o objetivo deste capítulo é demonstrar e analisar os efeitos do art. 136-A da Lei de Sociedades Anônimas sobre a dinâmica entre as empresas e seus acionistas, procurando, a partir disso, apresentar os problemas de ordem prática que surgem para os acionistas minoritários em termos de obstacularização do acesso a jurisdição (3.1); nesta linha, apresenta-se, ainda, contornos práticos observados em caso real, contemporâneo a esse trabalho, em que os temas aqui discutidos configuraram dificuldades para o acesso à jurisdição de acionistas minoritários de determinada empresa, sendo que a solução encontrada é, justamente, a analisada no presente trabalho (3.2).

#### 3.1 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 136-A DA LEI DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

No âmbito da arbitragem em sociedades anônimas a discussão que ganhou maior atenção da doutrina nos últimos tempos era relacionada à arbitrabilidade subjetiva. Trava-se de determinar se a inserção de cláusula compromissória no estatuto social de uma companhia, aprovada em sede da Assembleia Geral, tinha o condão de vincular todos os acionistas.

O questionamento revela sua profundidade quando se analisa a posição dos (i) acionistas dissidentes, (ii) dos acionistas que não participaram da deliberação e, (iii) quanto aos acionistas futuros, que ainda não eram sócios da companhia a tempo da inclusão da cláusula<sup>119</sup>.

Duas mudanças legislativas foram de fundamental importância para o desenvolvimento do tema, quais sejam: a Lei 10.303/2001, e a Lei 13.129/2015.

---

<sup>119</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 353

A Lei 10.303/2001 foi responsável por incluir o § 3º, no art. 109<sup>120</sup>, da Lei 6.404/76. O referido dispositivo, embora desnecessário a luz dos requisitos de arbitrabilidade instituídos pelo art. 1, da própria LArb, deixou claro, não apenas a possibilidade de submissão de conflitos entre acionistas e a companhia à via arbitral, mas também referente a inserção de uma cláusula compromissória ao estatuto social da mesma.

Contudo, esse dispositivo trouxe grande incerteza sobre a amplitude de vinculação dessa cláusula em relação aos acionistas. A arbitragem, como enunciado por Arnoldo Wald<sup>121</sup> pressupõe o consensualismo como núcleo do seu pressuposto de constitucionalidade, motivo pelo qual indagava-se a respeito da possibilidade de vinculação de acionistas que não manifestaram expressamente sua intenção de se submeter à cláusula compromissória.

Neste cenário, a doutrina societária e arbitralista travaram diversos embates a fim de responder o seguinte questionamento “a cláusula compromissória vincula todos os acionistas da sociedade anônima?”.

Em razão da polemica discussão, o legislador optou por fazer prevalecer a corrente doutrinária que considera que a cláusula compromissória no estatuto social vincula todos os acionistas independentemente de sua adesão expressa, mediante a Lei 13.129/2015 que reformou a Lei 6.404/76, inserindo nessa última o art. 136-A<sup>122</sup>, sob o fundamento da primazia do princípio da maioria sob as dinâmicas sociais das companhias<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: I - participar dos lucros sociais; II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais; IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172; V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei. § 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares. § 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral. § 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar. (BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, DF. 15 dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)> Acesso em: 07 de out. 2019)

<sup>121</sup> WALD, Arnold. Da Constitucionalidade da Lei 9.307/96. In: WALD, Arnoldo (Coord.). **Doutrinas essenciais de arbitragem e mediação**. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 259.

<sup>122</sup> Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45. § 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou. § 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável: I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.

O referido dispositivo inova ao determinar expressamente (i) a possibilidade de inclusão posterior da cláusula compromissória estatutária, (ii) a fixação de quórum de deliberação qualificado, (iii) o direito de retirada (direito de recesso) aos acionistas dissidentes da alteração do estatuto.

Ademais, é importante, ressaltar que o referido artigo tem como objetivo principal regular a questão no âmbito das sociedades anônimas cujas suas ações não pudessem ser facilmente alienadas por seus acionistas. Logo, caso a companhia integre os mais elevados níveis de governança corporativa da B3, ou, simplesmente porque suas ações possuam alta liquidez e dispersão, os acionistas dissidentes não terão direito de retirada, conforme o § 2 do art. 136-A.

Nesta linha, analisa-se, com base nos dispositivos legais pertinentes, o procedimento para a inserção de cláusula compromissória, perquirindo sobre os quóruns de convocação e deliberação necessários para garantir a legitimidade da assembleia-geral e do que nela for decidido (3.1.1).

Passa-se então para o ponto fulcral da discussão, analisando os argumentos principais das correntes doutrinárias que abordaram a questão da imperatividade subjetiva de cláusula compromissória inserta em estatuto social de sociedade anônima (3.1.2).

Por fim, adentra-se nos mecanismos legais introduzidos no intuito de equilibrar as relações societárias, oportunizando para os sócios dissidentes o exercício do direito de retirada, com o consequente reembolso de suas ações, ocorrendo a liquidação parcial da sociedade perante esse acionista (3.1.3).

### **3.1.1 Forma de inclusão de Cláusula Compromissória em estatuto social de sociedade anônima**

O ato constitutivo das sociedades anônimas é o estatuto social, pedra basilar da sociedade, o qual, uma vez registrado perante a junta comercial competente institui a personalidade jurídica da companhia<sup>124</sup>, tornando-a capaz de contratar em nome próprio, ser proprietária,

---

(BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, DF. 15 dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)> Acesso em: 07 de out. 2019)

<sup>123</sup> BARBOSA, Henrique Cunha. Arbitragem Societária, *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>124</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

delegar autoridade de representação à determinados agentes, ser capaz de processar e ser processada, além é claro de atribuir a seus acionistas a limitação de responsabilidade<sup>125</sup>.

É no estatuto social que estão inseridas as normas indispensáveis para a estruturação da sociedade, determinado os contornos políticos e econômicos da relação societária. No estatuto é previsto, por exemplo: a forma e conversibilidade das ações (art. 22, da Lei das S.A.); as vantagens aos acionistas detentores de ações preferenciais (art. 17 da Lei das S.A.); e por exemplo, estabelecer que conflitos decorrentes da relação societária devem ser resolvidos por meio de arbitragem (art. 109, §3, da Lei das S.A.)<sup>126</sup>.

A respeito da Cláusula Compromissória estatutária, no entanto, cumpre ressaltar que a discussão varia fundamentalmente, em razão do momento em que a sociedade passa a adotar a arbitragem como forma de resolução de conflitos<sup>127</sup>.

Existem dois momentos em que a inclusão da cláusula pode ocorrer: (i) na constituição da companhia ou (ii) na eventual alteração do estatuto social. Em relação a primeira, o quórum de instalação (percentual mínimo do capital social que deve estar presentes na assembleia para que os trabalhos sejam válidos<sup>128</sup>) da assembleia de constituição deve ser igual ou maior do que metade do capital social em primeira convocação e de qualquer número em segunda, conforme art. 87<sup>129</sup> da Lei 6.404/76.

Já o quórum de deliberação (diz respeito aos votos necessários para aprovação de determinada matéria<sup>130</sup>) necessário para deliberar sobre a cláusula compromissória estatutária é aquele necessário à aprovação do projeto do estatuto social, pois o acordo arbitral já é parte do projeto.

Nestes termos, mediante interpretação do §2 do art. 37<sup>131</sup> da Lei de S.A, a aprovação do projeto de estatuto, e, conseqüentemente, a cláusula compromissória estatutária pressupõe

---

<sup>125</sup> PARGLENDER, Mariana. *The Anatomy of Corporate Law: A comparative and functional approach*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press. 2011, p. 8

<sup>126</sup> FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

<sup>127</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>128</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Volume II. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233.

<sup>129</sup> Art. 87. A assembléia de constituição instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de subscritores que representem, no mínimo, metade do capital social, e, em segunda convocação, com qualquer número. (BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, DF. 15 dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)> Acesso em: 07 de out. 2019)

<sup>130</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Volume II. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233.

<sup>131</sup> Art. 2º Cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, dá direito a um voto; a maioria não tem poder para alterar o projeto de estatuto. (BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as

aprovação unânime, pois já houve adesão unânime dos subscritores ao conteúdo do projeto no momento da subscrição, não podendo o mesmo ser alterado por maioria<sup>132</sup>.

Nelson Eizirik<sup>133</sup> elucida a questão nos seguintes termos:

Tendo em vista que os subscritores concordam em fazer parte de uma companhia nos exatos termos constantes do projeto do estatuto social e do prospecto, o projeto de estatuto somente pode ser alterado por deliberação unânime e com a presença de todos eles. Portanto, o estatuto social deve ser aprovado da forma como foi projetado, salvo acordo da unanimidade dos subscritores e não apenas à assembleia.

Em relação a essa primeira situação não existe qualquer discussão ou dúvida quanto ao alcance da cláusula compromissória estatutária, já que a mesma foi aprovada pela unanimidade dos acionistas fundadores, os quais são por ela vinculados.

Situação bem diferente é quando há uma posterior alteração do estatuto social, sendo devida a convocação de uma assembleia geral extraordinária para tanto, conforme previsto no art. 135<sup>134</sup> da Lei das S.A.

Neste sentido, o quórum de instalação da assembleia-geral extraordinária que tem por objeto a reforma do estatuto, em primeira convocação é qualificado e corresponde a 2/3 do capital com direito a voto e, em segunda convocação pode ser realizada com qualquer número.

Cabe ressaltar que alterações de determinada natureza, que possam afetar direitos essenciais dos acionistas, requerem quórum de deliberação qualificado (extraí-se do capital social total com direito a voto) de metade das ações com direito a voto (podendo ser ordinárias, preferenciais com direito a voto, ou, ações de fruição com direito a voto), e não apenas a maioria absoluta dos presentes, conforme determinado pelo art. 136<sup>135</sup> da Lei das S.A.

---

sociedades por ações. Brasília, DF. 15 dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)> Acesso em: 07 de out. 2019)

<sup>132</sup> NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 435.

<sup>133</sup> EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S.A comentada**. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 517.

<sup>134</sup> Art. 135. A assembléia-geral extraordinária que tiver por objeto a reforma do estatuto somente se instalará em primeira convocação com a presença de acionistas que representem 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital com direito a voto, mas poderá instalar-se em segunda com qualquer número. (BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, DF. 15 dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)> Acesso em: 07 de out. 2019).

<sup>135</sup> Art. 136. É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação sobre: I - criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto; II - alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida; III - redução do dividendo obrigatório; IV - fusão da companhia, ou sua incorporação em outra; V - participação em grupo de sociedades (art. 265); VI - mudança do objeto da companhia; VII - cessação do estado de liquidação da companhia; VIII - criação de partes beneficiárias; IX - cisão da companhia; X - dissolução da companhia. § 1º Nos casos dos incisos I e II, a eficácia da deliberação depende de prévia

No entanto, o art. 136 não se refere a inclusão de uma cláusula compromissória no estatuto de companhias, portanto, anteriormente a Lei 13.129/2015 o entendimento majoritário<sup>136</sup> era que a inclusão devia seguir o quórum de convocação do art. 135 e o quórum ordinário de deliberação do art. 129<sup>137</sup> (maioria absoluta de votos, dos acionistas presentes na assembleia, não se computando os votos em branco).

Esse fato sofria duras críticas de parte da doutrina. A respeito disso, Carlos Alberto Carmona defendia que a inclusão só poderia ser feita se a aprovação fosse unânime. O raciocínio do autor se estruturava a partir de duas premissas, em primeiro lugar que a cláusula compromissória inserida no estatuto social de uma companhia não poderia vincular os acionistas que não votaram por sua aprovação, sob pena de ferir o princípio da inafastabilidade do poder judiciário e, em segundo lugar que não seria admissível numa mesma sociedade conviverem acionistas vinculados à cláusula compromissória e outros não, motivo pelo qual defende que a inserção só poderia ser feita com a unanimidade dos acionistas<sup>138</sup>.

Em virtude da dúvida criada pela lacuna legislativa foi que, no bojo da Lei 13.129/2015, reformou-se tanto a Lei de Arbitragem como a Lei das S.A., incorporando a essa última o art. 136-A<sup>139</sup>, o qual regula justamente o procedimento de incorporação de uma cláusula compromissória ao estatuto de uma S.A., bem como os efeitos decorrentes de sua inserção.

---

aprovação ou da ratificação, em prazo improrrogável de um ano, por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais prejudicadas, reunidos em assembleia especial convocada pelos administradores e instalada com as formalidades desta Lei. § 2º A Comissão de Valores Mobiliários pode autorizar a redução do quorum previsto neste artigo no caso de companhia aberta com a propriedade das ações dispersa no mercado, e cujas 3 (três) últimas assembleias tenham sido realizadas com a presença de acionistas representando menos da metade das ações com direito a voto. Neste caso, a autorização da Comissão de Valores Mobiliários será mencionada nos avisos de convocação e a deliberação com quorum reduzido somente poderá ser adotada em terceira convocação. § 3º O disposto no § 2º deste artigo aplica-se também às assembleias especiais de acionistas preferenciais de que trata o § 1º. § 4º Deverá constar da ata da assembleia-geral que deliberar sobre as matérias dos incisos I e II, se não houver prévia aprovação, que a deliberação só terá eficácia após a sua ratificação pela assembleia especial prevista no § 1º. (BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, DF. 15 dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)> Acesso em: 07 de out. 2019)

<sup>136</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 331

<sup>137</sup> Art. 129. As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco (BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, DF. 15 dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)> Acesso em: 07 de out. 2019).

<sup>138</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.111.

<sup>139</sup> Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45. § 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou. §

Por força do art.136-A, o procedimento de inclusão de uma cláusula compromissória no estatuto de uma companhia deve ser por meio da instauração de uma assembleia-geral extraordinária, cujo o quórum de convocação mínimo é de 2/3 (dois terços) do capital social da companhia (art. 135, da Lei 6.404/76), e aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto – não havendo, no caso de companhias fechadas, quórum maior exigido pelo estatuto social –, na forma do art. 136, da Lei 6.404/76.

### **3.1.2 Imperatividade subjetiva da Cláusula Compromissória estatutária perante os acionistas**

Desde que o § 3º do art. 109 da Lei das S.A. foi incluído pela Lei 10.303/2001, estabelecendo que as divergências entre a companhia e acionistas, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários poderiam ser solucionadas por meio de arbitragem, muito se discutiu a respeito da amplitude dos efeitos subjetivos de uma cláusula compromissória inserida no estatuto de uma sociedade anônima.

A doutrina brasileira dividiu-se na defesa de dois posicionamentos antagônicos no que tange a vinculação dos acionistas de uma companhia a qual tenha sido inserida em seu estatuto uma cláusula compromissória.

Ambos esses posicionamentos são defendidos por juristas de renome, embora um tenha se consolidado como majoritário, este encabeçado pelo jurista Pedro Antônio Batista Martins, e, o outro, consolidado como o posicionamento minoritário, encabeçado por ninguém menos que Modesto Carvalhosa.

Para a doutrina minoritária, a inserção de uma cláusula compromissória no estatuto social de uma companhia não tem o condão de vincular os acionistas dissidentes, ou seja, aqueles que votaram contrariamente à inserção da cláusula, nem aqueles que não estavam presentes no

---

2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável: I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei. (BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, DF. 15 dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)> Acesso em: 07 de out. 2019)

momento da deliberação ou se abstiveram de votar, além dos acionistas que ingressaram na sociedade posteriormente a inclusão da cláusula<sup>140</sup>.

Dessa forma, a cláusula só poderia vincular os acionistas que de fato manifestaram expressamente sua vontade em incorporar à cláusula ao estatuto social, tendo em vista que a vinculação a uma cláusula compromissória constitui efeito negativo quanto a jurisdição estatal, sendo, portanto, uma renúncia do particular à jurisdição estatal<sup>141</sup>.

Segundo Modesto Carvalhosa<sup>142</sup>, admitir que a cláusula compromissória vincula os acionistas que não expressaram sua vontade de aderir a convenção arbitral estar-se-ia lesando o princípio da inafastabilidade do poder judiciário previsto no art. 5º, XXXV<sup>143</sup>, da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, os acionistas que votaram contrariamente à inserção da cláusula compromissória, os acionistas que não participaram da deliberação ou se abstiveram, bem como aqueles que ingressaram na sociedade posteriormente a inserção da cláusula não podem por ela serem vinculados<sup>144</sup>.

Essa corrente argumenta com base na natureza intrínseca da arbitragem, a qual tem sua gênese sempre na autonomia da vontade das partes, visto que seja qual for a espécie de convenção arbitral que as partes se valham, seja uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral, ela sempre surge por conta da vontade das partes em se submeterem a via arbitral e conseqüentemente renunciar à via judicial, ainda que isso importe em determinadas conseqüências como a renúncia ao direito de recurso.<sup>145</sup>

Segundo Carvalhosa, a vinculação dos acionistas que não manifestaram sua vontade nesse sentido, é, não apenas inconstitucional, mas também fere diretamente dispositivos legais,

---

<sup>140</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 333

<sup>141</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 120.

<sup>142</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 349.

<sup>143</sup> Art. 5º. XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 out. 2019)

<sup>144</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 349.

<sup>145</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.120

como o próprio § 2º, do art. 103, da Lei das Sociedades Anônimas, onde se diz que o estatuto social não poderá privar o acionista de direito essencial<sup>146</sup>.

Para a corrente minoritária, a cláusula compromissória, em verdade, seria um pacto parassocial, que assim como um acordo de acionistas, valeria apenas para aqueles que a aderissem, logo, a cláusula compromissória não teria o caráter de norma organizativa da sociedade, não podendo ser imposta a todos os seus acionistas<sup>147</sup>. Neste sentido, segundo Carvalhosa:

Não há presunção de renúncia de direito essencial de qualquer acionista, tanto mais em se tratando de pacto parassocial, de cuja natureza é a cláusula compromissória estatutária. Não se pode presumir que alguém haja deferido a solução da controvérsia a um colégio arbitral pelo simples fato de estar ele previsto no estatuto. Não há renúncia implícita a direito essencial do acionista. Não pode, assim, a sociedade ou a maioria dos acionistas impor a cláusula compromissória estatutária a quem não a tenha constituído ou não tenha aderido expressamente, por documento formal<sup>148</sup>

Em que pese se alinhar com a corrente minoritária, Nelson Eizirik<sup>149</sup> sustenta uma posição mais flexível. Segundo o mesmo, os acionistas que forem contrários a inclusão da cláusula compromissória não podem ser vinculados, porém, o mesmo não assiste para aqueles que estavam ausentes na deliberação e os que se abstiveram de votar, esses estariam adstritos aos efeitos subjetivos da cláusula. Segundo o ilustre advogado:

Tendo em vista que a legitimidade da arbitragem repousa no princípio fundamental da autonomia da vontade, não se pode obrigar os acionistas que expressamente votaram contra a inclusão de cláusula compromissória no estatuto. Com efeito, se o acionista manifesta-se no sentido de que não quer ter a solução de conflitos futuros submetidos à arbitragem, evidentemente não cabe a imposição do juízo arbitral, cujo principal fundamento de validade repousa na manifestação de vontade das partes. Estarão vinculados à cláusula compromissória todos os demais acionistas: os que votarem favoravelmente, os que se abstiveram e os que não compareceram à assembleia

Embora de extrema pertinência, os argumentos defendidos por essa corrente não prosperaram em face dos fundamentos trazidos pela corrente majoritária.

A doutrina dominante por sua vez atesta que a cláusula compromissória estatutária vincula todos os acionistas, independentemente de ter-se manifestado contrariamente à sua inserção,

---

<sup>146</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 349.

<sup>147</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 334.

<sup>148</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 357.

<sup>149</sup> EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S.A comentada**. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 617

ou mesmo ignorado sua inclusão ao estatuto. O argumento basilar para essa corrente é o princípio majoritário<sup>150</sup>.

O princípio majoritário é um constructo destinado a regular a convivência social, desde a dinâmica de um país até a estrutura de uma companhia. Preza-se pela ideia de que, havendo uma conjuntura complexa de indivíduos integrando um corpo social, a vontade da maioria deve prevalecer, independentemente de ser a mais correta, mas simplesmente porque nunca será a mais errada<sup>151</sup>.

Segundo Pedro A. Batista Martins<sup>152</sup>, o princípio majoritário inseriu-se na ordem societária justamente como uma forma de expandir a participação dos acionistas minoritários na condução das companhias. O autor ilustra a importância do princípio em comento ao fazer alusão aos primórdios das sociedades comerciais, lembrando que antes da vigência do princípio majoritário a vontade dos acionistas fundadores preponderava.

Seguindo esta linha, a doutrina majoritária argumenta que a partir do momento em que um sujeito decide se tornar ou se manter sócio de uma sociedade anônima ele está sujeitando-se a vontade da maioria, esta que é externalizada através das deliberações da assembleia-geral.

Nesse sentido, Arnoldo Wald<sup>153</sup> defende que “é matéria a ser decidida pelos estatutos aprovados na forma da lei, cujas disposições se impõem a todos os acionistas que com ela concordaram ou dela discordaram, tendo ingressado antes ou depois de aprovação da cláusula compromissória estatutária”.

Mais clara ainda é a situação do acionista que adquiriu suas ações posteriormente a inclusão da cláusula compromissória estatutária, já que o estatuto da companhia tem por uma de suas funções exatamente dar publicidade as normas da empresa, logo, é claro e manifesto para todos aqueles que procurarem adquirir ações de determinada empresa que possua em seu estatuto uma cláusula compromissória, que ao adquirir as ações estar-se-á submetendo-se a cláusula que se associam a companhia que já possui cláusula compromissória estatutária,

---

<sup>150</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 93

<sup>151</sup> CARRARA, Bernardo Vieira Kluppel. **Os efeitos do artigo 136-A da lei das S.A. sobre a cláusula compromissória estatutária**. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 2017. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17769/1/2017\\_BernardoVieiraKluppelCarrara.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17769/1/2017_BernardoVieiraKluppelCarrara.pdf)>. Acesso em: 10 de out. 2019

<sup>152</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

<sup>153</sup> WALD, Arnold. A arbitabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 12. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

Carlos Augusto da Silveira Lobo<sup>154</sup> se posiciona no sentido que “quem ingressa em uma organização esta *ipso facto* manifestando vontade de aceitar as disposições do respectivo estatuto”.

Por isso, todos os acionistas são sujeitos a cláusula compromissória estatutária, porque ao se associar ou manter-se associado a companhia implica na aceitação de submeter-se a vontade da maioria, não podendo dizer-se assim, que há uma supressão da autonomia da vontade dos acionistas, visto que estes a exercem justamente no ato de se associar ou se manter associado.

Assevera Martins que:

Não há, pois, como dissociar a imperatividade do princípio majoritário quando da modificação estatutária para a inclusão de cláusula arbitral, mormente quando a lei não a afasta. Ora, são inúmeras as matérias deliberadas no dia a dia das anônimas e que geram menor ou maior impacto social. Algumas de estelar grandeza econômico-financeira para a sociedade outras tantas que repercutem no patrimônio dos sócios. Todas elas, sem exceção, se sujeitam, seja bom ou ruim, à regra majoritária. E ao sócio, não raro, nada resta a fazer do que se ajustar à nova realidade societária. A nova realidade patrimonial ou política do acionista. Em algumas situações, ressalte-se, até mesmo o direito de retirada não serve aos interesses do sócio descontente, sem embargo de tal direito vir assegurado por lei. Com efeito, diferente não poderia, e tampouco poderá ser em se tratando de deliberação atinente à modificação estatutária com vistas à introdução de cláusula de arbitragem. A ordem jurídica prima e preserva a linearidade na aplicação do direito. O sistema é uno e coerente e, por isso, repudia as medidas casuísticas<sup>155</sup>.

Não subsistiria, portanto, a crítica de que a vinculação de todos os acionistas é contrária ao princípio da autonomia da vontade, já que a vontade já foi manifestada anteriormente no sentido de se vincular ao interesse social, bem como a vontade é manifestada no ato de se manter vinculado, resultando assim numa aceitação tácita à cláusula compromissória estatutária<sup>156</sup>.

Não há dúvidas que esse foi o entendimento que preponderou, visto que o mesmo deu origem a reforma legislativa, já comentada, cristalizando na Lei 6.404/76 o art. 136-A, o qual, embora não tenha pacificado as discussões doutrinárias, trouxe previsibilidade, logo, segurança jurídica as operações econômicas.

Imperioso observar, portanto, que todos os acionistas estão vinculados a cláusula compromissória estatutária, cabendo aos irrisignados apenas a possibilidade de exercer seu direito de retirada da sociedade.

---

<sup>154</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 22. São Paulo: RT, 2009, p. 18.

<sup>155</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

<sup>156</sup> TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. A arbitragem na lei das Sociedades Anônimas. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). **Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271

Dessa maneira, se entende que as discussões sobre a própria constitucionalidade de Lei de Arbitragem, foram de grande valia para firmar as características deste instituto, hoje amplamente utilizado.

### 3.1.3 O Direito de Retirada para o acionista dissidente

O direito de retirada é manifestação unilateral de vontade do sócio em relação à sociedade, que, caso validamente exercido, ocasiona para o sócio retirante o direito ao recebimento do valor correspondente a sua participação<sup>157</sup>.

Segundo Rodrigo Tellechea, o direito de retirada (recesso) nasceu com o objetivo de ponderar o princípio da maioria, equilibrando interesses conflitantes, nos casos em que a maioria dos sócios queiram reformar alguma disposição do estatuto social, permitindo que os acionistas dissidentes minoritários possam retirar-se da sociedade quando essas reformas forem de tal substância que à estrutura da empresa ou essência da companhia sejam alteradas<sup>158</sup>.

O direito de retirada é regulado pelo art. 137 da Lei de S.A. O referido dispositivo legal afirma que “a aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45)”.

As hipóteses que autorizam o exercício do direito de retirada estão previstas taxativamente e entre elas tem-se: (i) fusão ou incorporação da empresa em outra; (ii) redução do dividendo obrigatório; (iii) cisão da companhia; (iv) alteração nas preferências ou vantagens de uma ou mais classes. Conforme se pode observar, tratam-se de situações extremas em que, embora as decisões majoritárias sejam lícitas, há uma substancial alteração nos direitos dos acionistas.

Antes da Lei 13.129/05, a inclusão de cláusula compromissória no estatuto social de uma companhia não era uma das hipóteses previstas na legislação para que se exercesse do direito de retirada, sendo que o entendimento majoritário da doutrina era no sentido de que a cláusula estatutária não alterava substancialmente as condições essenciais do contrato de

---

<sup>157</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Volume II. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 330-331

<sup>158</sup> TELLECHEA, Rodrigo. **Sociedades anônimas fechadas: direitos individuais dos acionistas e cláusula compromissória estatutária superveniente**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11122015-090418/publico/Rodrigo\\_Tellechea\\_Silva\\_Versao\\_Integral.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11122015-090418/publico/Rodrigo_Tellechea_Silva_Versao_Integral.pdf)>. Acesso em: 10 de out. 2019

sociedade, motivo pelo qual a alternativa que restava para o acionista dissidente era a alienação de sua participação no mercado secundário de ações<sup>159</sup>.

No entanto, com o advento do art. 136-A, fez-se presente tal possibilidade, em ordem de equilibrar o tratamento da matéria. O artigo ainda traz um período de 30 (trinta) dias para que a cláusula inserta no estatuto possa produzir efeitos. Esse período é o tempo que os acionistas têm para exercer o direito de retirada, conforme se aduz do § 1 do art. 136-A. Segundo o professor Tellechea, portanto, os requisitos para o exercício do direito de retirada nos moldes do art. 136-A, são:

Em suma, tem-se que existem três requisitos básicos para o exercício do direito de recesso, um deles subjetivo e dois objetivos: (I) ser acionista, ordinário ou preferencialista sem direito a voto, da sociedade na data da primeira publicação do edital de convocação da assembleia, ou na data da comunicação do fato relevante objeto da deliberação, se anterior, (II) existir deliberação da assembleia geral sobre matéria ensejadora do recesso e (III) existir manifestação de vontade do acionista ausente, que se absteve ou dissidente dentro do prazo legal de 30 (trinta) dias.

Cumprido ressaltar, a excepcionalidade do direito de retirada, uma vez que do ponto de vista econômico, havendo abuso dos minoritários ele representa a descapitalização da companhia, o que pode acarretar na redução de investimentos e dividendos. Por outro lado, o exercício desmedido desse direito pode gerar o incentivo à concentração de participação acionária pelo controlador, o que prejudica as estruturas de governança corporativa<sup>160</sup>.

Neste sentido Guilherme Leporace argumenta que:

Em qualquer caso, o exercício de direito de retirada tem graves consequências para a companhia, pois importa no desembolso de expressivas quantias, impactando seu fluxo de caixa e, por vezes, tornando necessária a alienação de ativos, o que, naturalmente, importa em redução de sua capacidade de realizar novos investimentos, pagar credores, obter financiamento etc<sup>161</sup>.

Em ordem de equilibrar os interesses da companhia e dos acionistas é que a racionalidade por traz desse direito, conforme reflexão de Fábio Ulhoa Coelho, é de que quanto mais fácil, em tese, for a possibilidade de alienação da participação societária, mais restritas serão as hipóteses de exercício desse direito, sendo o contrário verdadeiro<sup>162</sup>.

Destarte, quando se trata de companhia fechada, a Lei de S.A. não prevê nenhuma exceção à concessão do direito de retirada ao acionista dissidente no que tange à inclusão da cláusula

<sup>159</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 22. São Paulo: RT, 2009, p. 21.

<sup>160</sup> LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 40, São Paulo: RT, 2018.

<sup>161</sup> LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 40, São Paulo: RT, 2018.

<sup>162</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Volume II. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328-329

compromissória estatutária, justamente porque nessa hipótese o acionista descontente terá uma dificuldade muito maior para alienar sua participação do que no contexto de uma companhia de capital aberto<sup>163</sup>.

Cabe notar, no entanto, que, em se tratando de companhia aberta o direito de retirada é limitado pelo § 2º do art. 136-A<sup>164</sup>, seguindo a ideia de que quanto maior liquidez e dispersão houver das ações da companhia mais desarrazoado seria permitir ao acionista dissidente o reembolso em face da companhia do valor de suas ações em detrimento da possibilidade do mesmo se desfazer de sua participação no mercado secundário<sup>165</sup>.

### 3.2 CONSEQUENCIAS PRÁTICAS DAS MUDANÇAS ADVINDAS DO ARTIGO 136-A: O CASO PETROBRAS

O art. 136-A da Lei de S.A. trouxe segurança para as relações societárias na medida em que regulou expressamente os requisitos de aprovação de uma cláusula compromissória no estatuto social de uma companhia, seja no momento de deliberação do projeto de estatuto, ou seja em reforma posterior do mesmo, bem como, regulou a amplitude da vinculação dessa cláusula em relação aos acionistas e, ainda previu o direito de retirada para os acionistas dissidentes.

Por essas razões a reforma legislativa deve ser elogiada, pois com certeza estar-se-á em face de um cenário muito mais previsível e, portanto, mais seguro em relação a utilização da arbitragem para resolução de conflitos no meio empresarial, especialmente em relação as sociedades anônimas.

---

<sup>163</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 366

<sup>164</sup> § 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável: I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei. (BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre a sociedade por ações. Brasília, DF. 15 dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)>. Acesso em: 07 out. 2019.).

<sup>165</sup> WEBER, Ana Carolina, A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; ROCHA, Caio Cesar Vieira (Coord.). **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15

No entanto, se por um lado alguns problemas foram resolvidos, de outro surgiram diversas novas discussões e inseguranças a respeito das aplicações práticas deste dispositivo.

O objetivo do presente trabalho é justamente analisar se a arbitragem coletiva pode oferecer a solução para alguns desses problemas. Especialmente no contexto de companhias abertas, cujas ações são negociadas no mercado de capitais, como seria possível conciliar o fato de que literalmente milhares de investidores pessoa física, acionistas de empresas que possuem cláusula compromissória estatutária, estão vinculados a via arbitral para fins de pleitos, de qualquer natureza, contra a companhia, seus administradores e controladores?

Antes de adentrarmos a discussão se a arbitragem coletiva é viável no ordenamento jurídico brasileiro, e, caso seja, se ela seria uma boa forma de resolver alguns desses problemas, é de grande valia analisar o caso da associação AIDMIN v. Petrobras, que é, até o momento que esse trabalho foi escrito, o único processo arbitral coletivo que se tem notícia no Brasil, ressaltando que o mesmo ainda não foi concluído.

Um ponto importante que deve ser ressaltado, para melhor compreensão da análise que se busca realizar a seguir, é, quanto ao fato de que a cláusula compromissória estatutária da Petrobras foi inserida em seu estatuto social no ano de 2002, bem como, ao fato de que a maioria dos acionistas que buscaram reparação pela desvalorização de suas ações em face da empresa se tornaram acionistas antes da Lei 13.129/05, por este motivo, não se pode afirmar que o art. 136-A tenha, formalmente, aplicação direta na questão, no entanto, conforme se observará, o fundamento jurídico por ele ratificado, e que a ele é preexistente, como visto, já era defendido pela doutrina majoritária, e foi aplicado no caso em questão, tornando relevante sua análise para a compreensão dos casos que futuramente estarão submetidas ao efeito do artigo.

### **3.2.1 Histórico do Caso**

Em março de 2014 teve início a operação “lava-jato”, conduzida pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, que tem como objetivo apurar atos e processar agentes envolvidos com corrupção e lavagem de dinheiro. Em que pese a operação tenha se expandido para a apuração de fatos diversos, ela iniciou e ganhou enorme proporção enquanto investigava atos diretamente vinculados à empresa Petróleo Brasileiro S.A (“Petrobras”), empresa de

economia mista, do setor de energia, destinada a exploração, produção, refino, comercialização e transporte de petróleo, gás natural e seus derivados<sup>166</sup>.

As investigações revelaram um esquema por meio do qual empreiteiros contratados pela Petrobras colaboravam entre si para inflar o preço de serviços, enquanto executivos da empresa recebiam subornos e compartilhavam o produto do crime com políticos. As autoridades estimam que o esquema criminoso tenha desviado dos cofres da empresa um montante superior a US\$ 28 bilhões<sup>167</sup>.

Em linhas gerais o esquema se organizava da seguinte forma. As empreiteiras se cartelizaram por meio de um “clube” por meio do qual elas fraudavam as licitações, promovidas pela Petrobras, burlando o sistema de concorrência, combinando preços e quem ganharia a licitação. Por outro lado, funcionários da empresa garantiam que somente as empresas do cartel participassem das licitações, e contratavam obras superfaturadas e aditivos desnecessários, entre outras irregularidades, para que os valores a maior fossem distribuídos pelos agentes públicos e privados<sup>168</sup>.

Ao decorrer da investigação foi constatado que uma série de funcionários do alto escalão da companhia estavam envolvidos no esquema, e realizaram diversas práticas fraudulentas no que tange a administração da empresa. No auge da companhia, no ano de 2009, o valor de mercado da empresa era de US\$ 310 bilhões, em razão dos fatos noticiados, esse valor caiu para US\$ 39 Bilhões<sup>169</sup>.

Ficou claro para o mercado que a empresa se alavancou e comercializou suas ações em bolsa com base em informações sabidamente falsas. A companhia, por meio de seus diretores, dolosamente fraudava suas demonstrações financeiras, inflando incorretamente o valor dos seus ativos, bem como anunciava projetos que sabiam que seriam inviáveis<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso lava-jato**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso/>>. Acesso em: 11 out. 2019.

<sup>167</sup> ALMEIDA, André de. **A maior ação do mundo**: a história da Class Action contra a Petrobras. 1 ed. São Paulo: SRS Editora, 2018, p. 22-29.

<sup>168</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso lava-jato**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso/>>. Acesso em: 11 out. 2019.

<sup>169</sup> ALMEIDA, André de. **A maior ação do mundo**: a história da Class Action contra a Petrobras. 1 ed. São Paulo: SRS Editora, 2018, p. 22.

<sup>170</sup> ALMEIDA, André de. **A maior ação do mundo**: a história da Class Action contra a Petrobras. 1 ed. São Paulo: SRS Editora, 2018, p. 70

Esses fatos geraram, obviamente, uma enorme desvalorização no valor de suas ações que eram transacionadas tanto na bolsa brasileira (PETR3 ON e PETR4 PN), bem como na Bolsa de Nova Iorque por meio de ADS's (*American Depositary Shares*)<sup>171</sup>.

Em razão desses fatos os investidores americanos ingressassem com uma *Class Action* <sup>172</sup>no estado de Nova Iorque, a qual deu origem ao caso *In Re Petrobras Securities Litigation*. Nesta *Class Action* os investidores alegaram perdas patrimoniais superiores a 70% em razão dos escândalos noticiados<sup>173</sup>.

No bojo da *Class Action*, os investidores buscaram distinguir dois subgrupos de demandantes dentro da classe, o primeiro subgrupo era composto por investidores que haviam adquirido *securities* da Petrobras na Bolsa de Valores de Nova Iorque (BVNI) ou por meio de outras negociações domésticas nos Estados Unidos e, o segundo subgrupo seria composto por investidores que, além de terem adquirido *securities* da Petrobras nos Estados Unidos, haviam adquirido, também, ações da companhia na B3 (anteriormente Bovespa).<sup>174</sup>

Por meio da distinção apontada, os investidores pleitearam indenização por diferentes fundamentos, da seguinte maneira: (i) em nome daqueles que adquiriram valores mobiliários da companhia apenas nos Estados Unidos, alegou-se violação ao dispositivo 10(b) do *Securities Exchange Act*<sup>175</sup> e à *SEC Rule 10b-5*<sup>176</sup>; (ii) em nome dos que adquiriram valores mobiliários nos Estados Unidos e no Brasil, alegou-se violação ao Direito Brasileiro, especificamente, à Lei de S.A<sup>177</sup>, regulamentos da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)<sup>178</sup> e ao Código Civil; (iii) ambos os grupos alegaram, ainda, violações ao *Securities Act* americano.

A tese da defesa buscava afastar a jurisdição americana em relação a todas as demandas de investidores que adquiriram ações da Petrobras na Bovespa, em razão do art. 58<sup>179</sup> do Estatuto

---

<sup>171</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. *In Re Petrobras Securities Litigation: Validade e Abrangência da Cláusula Arbitral*. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Vol. 55. CBar, 2017

<sup>172</sup> A *class action* é uma ação, prevista no ordenamento jurídico dos Estados Unidos, de natureza coletiva, pela qual se permite a um grupo de autores com interesses comuns pleitearem indenização coletivamente.

<sup>173</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. *In Re Petrobras Securities Litigation: Validade e Abrangência da Cláusula Arbitral*. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Vol. 55. CBar, 2017

<sup>174</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. *In Re Petrobras Securities Litigation: Validade e Abrangência da Cláusula Arbitral*. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Vol. 55. CBar, 2017

<sup>175</sup> O dispositivo 10(b) trata da fraude no âmbito da negociação de *Securities*.

<sup>176</sup> Esse dispositivo veda o emprego de práticas manipulativas ou enganosas na negociação de *Securities*.

<sup>177</sup> Arts. 153, 154, 155, 156, 157 e 176.

<sup>178</sup> Art. 3 da Instrução n. 358/2002, arts. 38, 39, 56-B e 56-C da Instrução n. 400/2003 e arts. 21 e 23 da Instrução n. 480/2009

<sup>179</sup> Art. 58- A Companhia, seus acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal obrigam-se a resolver por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia

Social da empresa, segundo o qual a os litígios que toquem a relação societária devem ser resolvidos por arbitragem administrada pela Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM)<sup>180</sup>.

O Juiz Jed Rakoff, da Corte Federal de Nova Iorque exarou decisão no seguinte sentido: (i) todas as demandas com base na aquisição de ações da Petrobras na Bovespa estariam sujeitas à arbitragem no Brasil, nos termos do art. 58 do Estatuto Social da Companhia; no entanto (ii) as demandas com base na aquisição de *securities* da companhia nos Estados Unidos poderiam ser perseguidas pela classe na Corte de Nova Iorque<sup>181</sup>.

Quanto ao primeiro dispositivo, ele se fundamenta pelo entendimento de que a cláusula arbitral é válida e vincula os adquirentes de ações na Bolsa brasileira. Destacam-se os seguintes argumentos: (i) Rakoff entendeu que, a partir da Lei de Arbitragem brasileira, a cláusula compromissória estatutária não tem natureza de contrato de adesão, e, conforme anunciado pela doutrina dominante brasileira, a aquisição de ações de companhia cujo estatuto já apresenta cláusula arbitral importa em concordância com o dispositivo; (ii) Rakoff também avaliou a validade da inclusão da cláusula compromissória estatutária e se pronunciou no sentido de que seria desnecessária a aprovação pela unanimidade dos acionistas porque a Lei das S.A. determinava outro quórum de deliberação; por último (iii) tendo em conta que o art. 58 do Estatuto apresenta disposição consoante as inovações do Direito Brasileiro na seara arbitral, bem como o fato de que os acionistas adquiriram suas ações posteriormente a inclusão da cláusula no estatuto<sup>182</sup>.

Quanto ao segundo dispositivo, ele se fundamenta pelo entendimento de que os adquirentes das *securities* na BVNI são protegidos pela legislação americana. Este fundamento se embasa na análise do precedente *Morison v. National Australia Bank Ltd.*, decidido pela Suprema

---

que possa surgir entre eles, relacionada ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, na Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, no Estatuto Social da Companhia, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Nível 2, do Regulamento de Arbitragem, do Contrato de Participação e do Regulamento de Sanções do Nível 2.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às disputas ou controvérsias que se refiram às atividades da Petrobras fundamentadas no art. 1º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 e observado o disposto neste Estatuto no que tange ao interesse público que justificou a criação da Companhia, bem como às disputas ou controvérsias que envolvam direitos indisponíveis. (PETROBRAS. **Estatuto Social da Petrobras**. Disponível em: <<http://https://www.investidorpetrobras.com.br/pt>> Acesso em: 14 de out. 2019)

<sup>180</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. *In Re Petrobras Securities Litigation: Validade e Abrangência da Cláusula Arbitral*. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Vol. 55. CBar, 2017, p. 80

<sup>181</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. *In Re Petrobras Securities Litigation: Validade e Abrangência da Cláusula Arbitral*. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Vol. 55. CBar, 2017, p. 80.

<sup>182</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. *In Re Petrobras Securities Litigation: Validade e Abrangência da Cláusula Arbitral*. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Vol. 55. CBar, 2017, p. 86-87

Corte dos Estados Unidos em 2010, segundo o qual a legislação americana é aplicável (i) à negociação de *securities* listadas em bolsa de valores dos Estados Unidos ou (ii) à negociação de *securities* não listada em bolsa de valores americana, mas que tenha ocorrido no país. Deste modo, segundo Rakoff, a demanda não estaria sujeita à arbitragem na CAM<sup>183</sup>.

Em virtude desses fatos, a *class action* teve seu curso denegado para investidores que adquiriram ações na antiga Bovespa, enquanto que os investidores que adquiriram *securities* listadas em bolsa de valores dos Estados Unidos realizaram acordo com a companhia, no valor de US\$ 3 bilhões, homologado pelo Juiz Jed Rakoff e, posteriormente pela Corte de Apelações do 2º Circuito dos Estados Unidos<sup>184</sup>.

Destarte, em que pese o litígio tenha sido resolvido em relação aos investidores estrangeiros, por meio de composição com a empresa, os investidores brasileiros restaram inalcançados pelo acordo bilionário. A partir das atitudes tomadas pelos investidores nacionais para compensar essa situação adentramos ao núcleo do problema aqui proposto, como se vê a seguir.

### **3.2.2 Tentativa infrutífera de resolução do caso pela via judicial acarretando no ajuizamento de uma arbitragem coletiva**

Ao todo a Petrobras realizou 27 acordos<sup>185</sup> para extinguir processos individuais ajuizados nos Estados Unidos, além do acordo realizado na *class action*, conforme mencionado. No entanto, como narrado acima, os investidores brasileiros e os investidores estrangeiros que adquiriram ações da empresa na bolsa de valores brasileira não foram contemplados pela justiça americana, o que acarretou, a princípio numa série de demandas individuais ajuizadas na Justiça Federal, como mencionado no item 2.3.1.2 deste trabalho.

Nesta linha, com base nos mesmos fundamentos que a *class action* americana, foi que em 27 de outubro de 2017, os investidores da Petrobras, substituídos processualmente pela

---

<sup>183</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. *In Re Petrobras Securities Litigation: Validade e Abrangência da Cláusula Arbitral*. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Vol. 55. CBar, 2017, p. 87-89.

<sup>184</sup> REVISTA CONSULTORIA JURÍDICA. Tribunal dos EUA confirma homologação de acordo da Petrobras. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-06/tribunal-eua-confirma-homologacao-acordo-petrobras>> Acesso em: 11 out. 2019)

<sup>185</sup> LARANJEIRA, Fátima. Petrobrás fecha acordo com gestora e encerra processo nos EUA. **Estadão Economia & Negócios**. 20 jun. 2017. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,petrobras-fecha-acordo-com-gestora-e-encerra-processo-nos-eua,70001850826>>. Acesso em: 11 out. 2019.

Associação dos Investidores Minoritários (AIDMIN), ajuizaram, perante a 6ª Vara Cível do Foro Central da comarca de São Paulo, Ação Civil Pública<sup>186</sup> no intuito de serem indenizados pelos danos materiais e morais sofridos em razão das condutas ilícitas realizadas pela administração da empresa<sup>187</sup>.

No bojo da Ação Civil Pública, os autores defendem a legitimidade da jurisdição estatal para apreciar a discussão a despeito do art. 58 do Estatuto Social da Companhia, a partir de dois argumentos, sejam eles: (i) inoponibilidade da cláusula compromissória estatutária em face da Associação, uma vez que a mesma, mera substituta processual, não é acionista da companhia e nem anuiu com a cláusula e; (ii) nulidade da assembleia geral extraordinária convocada para deliberação quanto a inclusão da cláusula compromissória, resultando na nulidade da mesma.

Em defesa da aplicação do art. 58 do Estatuto Social da Companhia, a Petrobras ingressou com Ação Declaratória<sup>188</sup> em face da Associação dos Investidores Minoritários (AIDMIN), a fim de que o juízo se pronunciasse quanto a validade do dispositivo do estatuto.

Em sede de sentença na Ação Declaratória, a Juíza Lúcia Caninéo Campanhã entendeu que: (i) a mera ausência de menção expressa no edital quanto ao objeto da alteração estatutária seria no máximo uma irregularidade da convocação, a qual o prazo decadencial de pedido de anulação é de 2 (dois) anos, o que no caso já haveria transcorrido, visto que a deliberação foi em 2002; (ii) embora a inserção da cláusula compromissória estatutária tenha ocorrido anteriormente a Lei nº 13.129 de 2015, portanto, anterior ao art. 136-A, ainda sim a cláusula deve prevalecer, vinculando todos os acionistas, conforme definido pela doutrina majoritária e; (iii) inobstante a associação possuir personalidade jurídica distinta de seus associados, a mesma não pode ser utilizada como um escudo para obstar a incidência da cláusula compromissória estatutária sobre seus acionistas. Por estes motivos, o MM Juízo declarou como válido o art. 58 do estatuto social da Petrobras.

---

<sup>186</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: **Ação Civil pública nº 1106499-89.2017.8.26.0100**. Requerente: Associação dos Investidores Minoritários. Requerido: Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2S000S82P0000>> Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>187</sup> RODAS, Sérgio. Acionistas da Petrobras pedem que ação de reparação continue na justiça. 30 jul. 2018. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/acionistas-petrobras-pedem-acao-continue-justica>> Acesso em: 11 out. 2019.

<sup>188</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Declaratória nº 1016781-47.2018.8.26.0100**. Requerente: Petróleo Brasileiro S.A. Requerido: Associação dos Investidores Minoritários. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000TUBZ0000&processo.foro=100>> Acesso em: 15 out. 2019.

Outrossim, a partir dos fundamentos acima expostos, utilizados para fundamentar a sentença da ação conexa à Ação Civil Pública, que ao sentenciar o feito o Juízo da 6ª Vara Cível do Foro Central da comarca de São Paulo extinguiu sem resolução de mérito a Ação Civil Pública, declarando que o litígio devia ser retomado pela via arbitral, a qual seria verdadeiramente competente para analisar o feito, em razão do art. 58 do estatuto da companhia, no seguintes termos:

A associação apresenta nos autos da ação civil pública lista de 108 associados, muito embora formule pedido abrangente, enquanto que 231 acionistas já ingressaram com requerimento de instauração de arbitragem, todos pleiteando indenização por conta de divulgação de informações falsas e atos ilícitos praticados no âmbito da companhia, alvo da operação "Lava-Jato". Assim, diante de tal contexto, entendo que se aplica sim a cláusula compromissória para a pretensão aduzida pela associação no feito conexo, do contrário, esvaziaria-se o instituto da arbitragem para solução das questões no âmbito societário." Diante do exposto, com fundamento no art.485, inciso VII, do Código de Processo Civil, JULGO EXTINTO o processo, sem julgamento do mérito. Deixo de condenar a autora no pagamento das custas e despesas, nos termos do art.18 da Lei nº 7.347/85.<sup>189</sup>

Ao nosso sentir, a sentença acima mencionada está correta em sua fundamentação e conclusão, estando seus elementos coerentes com a legislação, jurisprudência e doutrina arbitral dominante. Justamente por esta constatação, surge o questionamento, quais as alternativas que os milhares de investidores, sejam pessoas físicas, ou investidores institucionais, possuem para avançar na busca pela tutela jurisdicional de mérito de seus direitos, a partir do contexto fático apresentado.

A solução encontrada foi ingressar com uma arbitragem coletiva perante a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM). O escritório de advocacia do ilustre jurista Modesto Carvalhosa ingressou com uma arbitragem coletiva, que conta com a aderência de 320 acionistas, entre eles, o fundo de pensão dos funcionários da Petrobras (Petros), o fundo de pensão do Banco do Brasil (Previ) e da Caixa Econômica (Funcf)<sup>190</sup>.

O presente trabalho parte então para uma análise quanto a viabilidade deste instrumento processual no ordenamento brasileiro, e quanto aos seus aspectos práticos.

---

<sup>189</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: **Ação Civil pública nº 1106499-89.2017.8.26.0100**. Requerente: Associação dos Investidores Minoritários. Requerido: Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2S000S82P0000//>> Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>190</sup> RODAS, Sérgio. Acordo bilionário da Petrobras nos EUA não deve se repetir no Brasil. 04 out. 2018. **Conjur**. Disponível em: <[//>">https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/acordo-bilionario-petrobras-eua-nao-repetir-brasil //](https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/acordo-bilionario-petrobras-eua-nao-repetir-brasil)>. Acesso em: 11 out. 2019.

## 4 ARBITRABILIDADE EM DEMANDAS COLETIVAS

Antes de realizar qualquer análise quanto a adequação ou eficiência do instituto da arbitragem coletiva é necessário estabelecer as premissas quanto a viabilidade da tutela de direitos coletivos via arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, é preciso definir as possibilidades de legitimação nas arbitragens multipartes, seja por substituição processual (arbitragem coletiva) ou por representação processual (litisconsórcio).

Desta forma, o presente capítulo abordará como é estruturado o sistema de proteção dos direitos coletivos no Brasil, bem como quais as espécies de direitos coletivos que podem ser objeto de demandas coletivas (4.1) e por fim; quais os contornos gerais do instituto da arbitragem coletiva, tanto em relação a experiência internacional, quanto em relação a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, e, quais as hipóteses de legitimação processual possíveis para sua utilização, além das principais diferenças entre essas hipóteses (4.2).

### 4.1 MICROSSISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS E OS BENS TUTELADOS NAS DEMANDAS COLETIVAS

A doutrina processualista indica que após a Segunda Guerra Mundial os ordenamentos jurídicos passaram por mudanças sensíveis em suas estruturas, a exemplo da resignificação do papel das Constituições, que passaram a exercer um papel de centralidade no sistema, além de uma tendência para migração de matérias tradicionalmente tratadas em códigos para leis especiais, período, o qual teria sido conhecido como “Era da Descodificação”<sup>191</sup>.

A partir da “descentralização” de matérias e criação de novos diplomas normativos a tendência foi a agrupação desses novos diplomas em microssistemas, pelos quais busca-se criar um sentido e lógica própria para cada ramo do direito, a exemplo do microssistema de demandas coletivas<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 50.

<sup>192</sup> DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 50.

No Brasil, o sistema de proteção coletivo é composto hoje de diversas leis, a exemplo: Lei 4.717/1965 (Ação Popular); Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública); Constituição Federal de 1988; Lei 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei 7.913/1989 (Lei dos Investidores do Mercados de Valores Mobiliários); Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.492/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso); Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança)<sup>193</sup>.

Todavia, apesar da pluralidade de diplomas a comporem o microsistema coletivo, a doutrina indica que o núcleo duro desse sistema é formado pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei de Ação Civil Pública<sup>194</sup>.

O CDC traz em seu Título III “Da Defesa do Consumidor em Juízo” o art. 81<sup>195</sup>, no qual estabelece os conceitos de direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos, conceitos que são indispensáveis para viabilizar a proteção dos direitos coletivos, e não haviam sido esclarecidos por nenhuma legislação anterior

Segundo Teori Albino Zavascki, coletivos são os direitos transindividuais e materialmente indivisíveis sem titular determinado, tais quais os direitos difusos e os coletivos strictu sensu. Já os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos, logo, divisíveis, embora sejam tratados de forma coletiva, pois estão ligados por um elemento que assim permite a sua tutela<sup>196</sup>.

Para Antônio Gidi<sup>197</sup>, o CDC foi verdadeira pedra de toque para a defesa dos direitos coletivos no Brasil ao ignorar um verdadeiro “ordenamento processual geral” para a tutela

<sup>193</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 13.

<sup>194</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 13.

<sup>195</sup> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)> Acesso em: 16 out. 2019.)

<sup>196</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 13-20.

<sup>197</sup> GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77.

coletiva. As inovações trazidas no CDC notadamente em seus artigos 90<sup>198</sup> e 117<sup>199</sup>, impactaram a Lei de Ação Civil Pública, trazendo unificação e harmonia para o sistema de proteção de direitos coletivos, adequando à sistemática processual vigente no Código de Processo Civil e da Lei de Ação Civil Pública<sup>200</sup>.

Nesta toada, é relevante ressaltar que, diferentemente do Código de Processo Civil de 73 que exercia mera função residual, o atual Código de Processo Civil inova nas normas processuais coletivas, exercendo eficácia direta no microsistema, na medida em que promove: (i) dever de comunicação judicial (art. 139, X, CPC, semelhante ao já previsto no art. 7 da Lei n. 7.347/1985), dispositivo que reforçaria a existência de uma prioridade de julgamento de ação coletiva em relação à ação individual e às técnicas de julgamento de casos ou questões repetitivas; (ii) suspensão dos processos coletivos em razão da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 982, I, CPC); (iii) a estruturação dos incidentes de julgamento de casos repetitivos (928, CPC), que são uma espécie de processo coletivo praticamente inteiramente regulado pelo CPC<sup>201</sup>.

Estabelecido esse contexto, parte-se para o estudo dos direitos transindividuais, conforme as espécies apresentadas pelo art. 81 do CDC, a fim de melhor compreender suas diferenças e peculiaridades, além de determinar suas características para posterior análise quanto a sua arbitrabilidade.

#### 4.1.1 Direitos Difusos

Os direitos difusos, ligados aos direitos fundamentais de terceira geração, ganham contorno a partir dos movimentos sociais das décadas de 1950 e 1960. Eles voltam-se para a defesa das

<sup>198</sup> Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições. (BRASIL. **Lei n° 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)> Acesso em: 16 out. 2019)

<sup>199</sup> Art. 117. Acrescente-se à Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: "Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor". (BRASIL. **Lei n° 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)> Acesso em: 16 out. 2019)

<sup>200</sup> DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 50.

<sup>201</sup> DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 59-60.

minorias, ao meio ambiente e à defesa do consumidor, portanto referem-se a questões que nascem num bojo econômico social, de modo que seus desdobramentos tem um alcance tal que é impossível determinar sua projeção sobre os grupos de pessoas. Motivo pelo qual a tendência é que sua legitimação/atução seja concedida a entes ligados ao Poder Público<sup>202</sup>.

Segundo Teori Zavascki, os elementos que definem os direitos difusos são:

i) transindividuais, com indeterminação absoluta dos titulares, oriunda de mera circunstância de fato; ii) indivisíveis; iii) insuscetíveis de apropriação individual e de transmissão (inter vivos ou mortis causa); iv) não podem ser renunciados ou transacionados; v) defesa em juízo sempre na forma de substituição processual, razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para confessar, nem assumir ônus probatório não fixado na lei; e vi) absoluta informalidade jurídica na alteração de seus titulares, a partir de modificações nas circunstâncias de fato<sup>203</sup>.

Destarte, a respeito da transindividualidade, nota-se que a lesão ocasionada nesta espécie de direitos representa uma lesão a uma massa indeterminada de pessoas, as quais ligam-se umas às outras não por uma relação jurídica, mas sim fática, como em uma situação, por exemplo, em que as águas de um rio que abastece uma ou mais cidades sejam poluídas. Nesse caso, estar-se-iam afetadas uma coletividade de pessoas que dependem da fruição do bem lesado<sup>204</sup>.

Quanto a indivisibilidade, ocorre sob a perspectiva material do direito tutelado, no sentido em que, não podem ser lesados ou satisfeitos em relação a apenas um titular, os sendo sempre de forma que afete a todos que se encontram naquelas circunstâncias fáticas. Logo, na hipótese anteriormente levantada, havendo a poluição das águas de um rio utilizada para a pesca, a depender da solução se favorável ou desfavorável, todos os pescadores serão igualmente beneficiados ou prejudicados<sup>205</sup>.

São considerados insuscetíveis de apropriação individual ou transmissão (inter vivos ou causa mortis), não obstante o fato de que, na eventualidade em que o mesmo fato tenha ocasionado também um dano individual para determinado sujeito, este, em relação a este dano possa reivindicar a reparação na medida exata do que foi individualmente lesado<sup>206</sup>.

Como são titularizados por uma coletividade absolutamente indeterminada, a tutela dos direitos difusos em juízo é sempre feita por meio de substituição processual, na qual entidades

---

<sup>202</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 101

<sup>203</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 36

<sup>204</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38

<sup>205</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38

<sup>206</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38

ligadas ao estado como o Ministério Público tem a legitimidade para propor essas demandas<sup>207</sup>.

A substituição é realizada nos moldes do art.18<sup>208</sup> do Código de Processo Civil, e, nestes termos o litígio é considerado indisponível para o autor da demanda. Destarte, o legitimado extraordinário não pode, em regra, celebrar acordo, renunciar ou confessar<sup>209</sup>.

Por último, cabe destacar que a informalidade jurídica rege a alteração dos titulares que compõe a coletividade afetada, sendo a alteração consumada por mera alteração das condições fáticas. Retornando ao exemplo do rio poluído, a mera constatação de que a área afetada foi maior ou menor seria o suficiente para acarretar a alteração dos titulares<sup>210</sup>.

#### 4.1.2 Direitos Coletivos

Os direitos coletivos *stricto sensu* por sua vez possuem características híbridas, estando entre os direitos difusos e os direitos individuais homogêneos. A característica central dessa espécie de direitos volta-se para sua gênese entrelaçada a uma prévia relação jurídica-base que une os seus titulares. Sendo assim, diferenciam-se dos direitos difusos, visto que, em relação a estes, seus titulares se ligam por uma relação estritamente fática<sup>211</sup>.

Esse vínculo jurídico prévio, portanto, representa um caráter de organização dessa coletividade, vínculo este que liga as pessoas entre si, ou mesmo ligando-as à parte contrária. Por exemplo um sindicato, que une juridicamente uma massa de trabalhadores, bem como entre esses mesmos trabalhadores que são ligados à empresa<sup>212</sup>.

Aqui também se faz presente a natureza indivisível destes direitos, no que tange ao fato de que a lesão desses direitos prejudica a todos que a ele estão vinculados, bem como a sua tutela beneficia também a todos indistintamente. Assim, qualquer prejuízo ou benefício imputado ao sindicato, em relação a empresa, por exemplo, irá surtir indistintamente seus efeitos para

---

<sup>207</sup>GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispêndência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16

<sup>208</sup> Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. (BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF. 16 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)Acesso em: 16 out. 2019.)

<sup>209</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39.

<sup>210</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39.

<sup>211</sup> GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispêndência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 24.

<sup>212</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 45.

todos os trabalhadores. Neste ponto é que se nota grande aproximação entre os direitos coletivos *stricto sensu* com os direitos difusos<sup>213</sup>.

Em termos de determinabilidade dos titulares, diferenciam-se dos direitos difusos já que a indeterminabilidade é apenas relativa, sendo possível determinar os titulares da relação jurídica-base que os une, sendo, portanto, determináveis, aproximando-se dos direitos individuais homogêneos<sup>214</sup>.

### 4.1.3 Direitos Individuais Homogêneos

Por último temos os direitos individuais homogêneos, os quais o presente trabalho encontra seu foco. Os direitos individuais homogêneos encontraram primeira regulação legislativa com a Lei n. 7.913/89, a qual prevê a utilização de Ação Civil Pública para a tutela de danos causados aos titulares de valores mobiliários e investidores do mercado, garantia, a qual tem como origem nas *Class actions for damages*, do direito norte americano, no entanto, consolidou-se com a previsão no art. 81, parágrafo único do Código de Defesa dos Consumidores<sup>215</sup>.

Estes direitos têm como origem comum nas “situações jurídicas iguais”, nesse sentido, a pretensão dos legitimados é no acolhimento de uma tese jurídica geral, que aproveita a todos, não se confundindo, portanto, com o mero acúmulo de ações individuais num dos polos de uma ação<sup>216</sup>.

Segundo Zavascki, essa espécie de direito pode ser considerada:

i) Individual; ii) divisível fazendo parte do patrimônio de seu titular; iii) salvo exceções, pode ser apropriada individualmente e transmitida (inter vivos ou causa mortis); iv) salvo exceções, pode ser renunciada ou transacionada; v) costuma ser defendida judicialmente por seus titulares; vi) defesa por terceiros pode se dar em regime de representação ou substituição processual; e vii) a alteração no polo ativo da relação de direito material ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico.<sup>217</sup>

<sup>213</sup> DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 75.

<sup>214</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120

<sup>215</sup> DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 76.

<sup>216</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 491.

<sup>217</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 36-37.

Primeiramente, cabe notar que, embora tenham tratamento coletivo já que as circunstâncias que os caracterizam são homogêneas, em virtude de sua origem comum, não se altera sua essência de direitos individuais<sup>218</sup>.

São divisíveis, fazendo parte integrante do patrimônio de seu titular. Destarte, sua lesão ou reparação podem se dar de forma individualizada, de forma que, em eventual demanda judicial, os efeitos decorrentes da tutela só aproveitam a aqueles que ingressaram em juízo<sup>219</sup>.

Em regra, dizem respeito a direitos patrimoniais, o que os torna passíveis de serem apropriados individualmente e transmitidos., por meio de cessão, ou mesmo mortis causa. Ademais, coadunando-se com as características descritas, os direitos individuais homogêneos podem ser renunciados e transacionados por seus titulares<sup>220</sup>.

Em que pese sua disponibilidade, os direitos individuais homogêneos podem ser tratados como coletivamente por meio dos entes legitimados para tanto. Essa legitimidade pode ser exercida por meio de representação processual, quando há aquiescência expressa dos indivíduos representados ou mesmo por substituição processual verificada pelos diplomas que compõem o microsistema de processos coletivos<sup>221</sup>.

Nas palavras de Fredie Didier<sup>222</sup> “o fato de ser possível determinar individualmente os lesados não altera a possibilidade e pertinência da Ação Coletiva”. Até porque, conforme lição de Antônio Gidi<sup>223</sup>, as ações coletivas garantem três objetivos: (i) proporcionar economia processual; (ii) acesso à justiça e (iii) aplicação voluntária e autorizativa do direito material.

Neste plano, também em relação aos direitos individuais homogêneos se previu que a sentença terá efeito *erga omnes*, conforme art. 103, III, CDC. Noutras palavras, os titulares dos direitos individuais serão “abstrata e genericamente beneficiados”<sup>224</sup>.

Como anteriormente dito, o presente trabalho tratará de analisar a utilização da arbitragem coletiva de direitos individuais homogêneos, motivo pelo qual a análise da arbitrabilidade terá por foco essa espécie de direito coletivo lato sensu.

---

<sup>218</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

<sup>219</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42.

<sup>220</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42.

<sup>221</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44.

<sup>222</sup> DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 75.

<sup>223</sup> GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 24.

<sup>224</sup> DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 75.

## 4.2 ARBITRAGEM COLETIVA

A arbitragem coletiva não é um instituto novo, portanto, não é um objeto de pesquisa inédito, principalmente em relação ao sistema norte americano, porém, é um mecanismo pouco explorado pela doutrina brasileira e conseqüentemente ainda não popularizado em nossa prática arbitral. Acredita-se que a arbitragem coletiva seja um novo passo a fim de expandir ainda mais a arbitragem na cultura jurídica brasileira, permitindo que uma nova série de questões possam ser submetidas à arbitragem, buscando sempre uma resposta jurisdicional que, para o caso em concreto, seja mais adequado, célere e eficiente que a opção estatal.

Nestes termos, não se olvida que a utilização desse meio alternativo de resolução de disputas levante uma série de novas dúvidas e problemas que demandarão mais alguns anos para serem resolvidas tanto no plano doutrinário como no prático, porém, assim como em diversas áreas do direito, é por meio das problematizações e debates que os institutos evoluem.

A fim de contribuir para as discussões inerentes a matéria, considera-se relevante tanto uma análise em linhas gerais de como esse instituto foi concebido e vem sendo utilizado no estrangeiro, bem como concretamente refletir sobre sua adequação ao ordenamento jurídico prático, levando em conta que a aplicação do instituto deve respeitar tanto os parâmetros de arbitrabilidade como uma harmonização como sistema processual coletivo.

### 4.2.1 Breves comentários sobre a experiência internacional

Embora não seja uma exclusividade do ordenamento jurídico americano, o instituto da arbitragem coletiva, ou, “*class arbitration*”, teve sua gênese nos Estados Unidos, sendo, por conseguinte, o país em que o instituto tem seus contornos mais bem delineados e desenvolvidos<sup>225</sup>.

Nas palavras de Ana Luiza Nery<sup>226</sup>, a *class arbitration* é “a primeira forma de arbitragem em grande escala, envolvendo um ou mais autores que, valendo-se de sua capacidade representativa, ajuízam ação em nome de um grupo de indivíduos que podem ser identificados ou identificáveis no início da arbitragem”.

---

<sup>225</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 84.

<sup>226</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

A doutrina sinaliza que a arbitragem coletiva surge como uma resposta às práticas empresariais que visam coibir a instauração de *class actions* com base na alegação de competência da via arbitral. Ocorre que, as empresas, notadamente que atuam na seara consumerista, inseriam cláusulas compromissórias em seus contratos de adesão com os consumidores (*pre-dispute arbitration clause*), como forma de impedir o ajuizamento de demandas coletivas, e sua posterior certificação como *clas action*<sup>227</sup>.

Para melhor compreensão de como o instituto é abordado nos Estados Unidos, bem como definir as principais diferenças entre o direito americano e brasileiro, a fim de estabelecer uma análise mais clara de compatibilidade da arbitragem coletiva com o ordenamento pátrio, é de grande valia a discussão sob a perspectiva de dois parâmetros estruturais, quais sejam, de como lá é tratada a questão da arbitrabilidade e, as bases do sistema americano de processo coletivo.

Em relação a primeira questão, conforme visto no item 2.1 deste trabalho, o instituto da arbitragem tem suas linhas gerais regulada pelo *Federal Arbitration Act*. Fato é que, a legislação americana, ao contrário da brasileira, não define os critérios de arbitrabilidade, o que permite uma ampla margem para que as partes no exercício de sua autônoma privada submetam suas questões à arbitragem, assim como, para a jurisprudência definir os seus limites e critérios de arbitrabilidade<sup>228</sup>.

Por outro lado, no campo do processo coletivo, as raízes que sedimentam essa estrutura processual<sup>229</sup> encontram-se na regra 23 do “*Federal Rules Of Civil Procedure*”. O item “b” do dispositivo indica as três hipóteses possíveis de uma ação coletiva, quais sejam: (i) quando são propostas ações individuais pelos ou em face dos indivíduos, os quais, estejam em situação adequada para serem reconhecidos como um grupo (*class*), criando um risco de (i.i) decisões conflitantes (Regra 23 (b)(1) (A))<sup>230</sup>; (i.ii) dispor do interesse de um membro que não seja parte, ou, efetivamente impedir a capacidade deste de proteger seus próprios direitos

---

<sup>227</sup> S.I. Strong. *Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, n. 1.12, p. 6.

<sup>228</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85

<sup>229</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 150-156

<sup>230</sup> (b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or

(Regra 23 (b) (1) (B))<sup>231</sup>; (ii) quando o grupo sofre uma oposição mediante uma ação ou omissão que contraria os padrões geralmente aplicáveis a totalidade do grupo, comportando pedido de natureza mandamental ou seu correspondente efeito declaratório, que atingirá a coletividade como um todo (Regra 23 (b) (2))<sup>232</sup>; (iii) quando as ações individuais possuam questões de fato ou direito comuns e que sejam predominantes na controvérsia, razão pela qual o julgamento em nível coletivo se mostre mais eficiente (Regra 23 (b) (3))<sup>233</sup>.

Para além da subsunção a uma dessas hipóteses, é previsto o requisito de certificação (“*certification order*” – Regra 23 (c) (1)). Esse requisito destaca-se como elemento distanciador da tutela coletiva norte americana da brasileira, e, representa requisito necessário para que a demanda seja reconhecida como uma *class action*<sup>234</sup>.

Rômulo Greffi Mariani<sup>235</sup> indica pelo menos quatro requisitos para que a certificação seja obtida: (i) a coletividade seja tão numerosa que a reunião de todos os membros seria impraticável; (ii) há questão de direito e de fato comuns aos membros da coletividade; (iii) os pedidos ou defesas da parte representante são típicos da coletividade representada; e (iv) a parte representante deve defender os interesses da coletividade representada de forma adequada.

O autor indica, ainda, duas grandes diferenças do sistema americano para o brasileiro. A primeira é quanto ao fato de que, diferentemente do Brasil em que os legitimados processuais para propor ações coletivas são previstos em lei, nos Estados Unidos vigora uma previsão genérica de que qualquer individuo ou grupo que pertençam a uma coletividade poderão representa-la caso os pedidos ou defesas da parte representante sejam típicos aos da coletividade representada e defendam esses direitos de forma adequada, sendo, portanto, essa “adequação” aferida caso a caso. No caso essa análise de adequação do representante é aspecto fundamental da certificação<sup>236</sup>.

---

<sup>231</sup> (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;

<sup>232</sup> (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or

<sup>233</sup> (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

<sup>234</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 87.

<sup>235</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 87.

<sup>236</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 87.

A segunda é quanto ao fato de que, diferentemente do Brasil, o julgamento desfavorável à coletividade, vincula os indivíduos pertencentes ao grupo, desde que, cientificados da ação, não tenham pedido sua exclusão do feito<sup>237</sup>.

Estabelecidas essas premissas, cabe se aprofundar no estudo do instituto por meio da análise de dois precedentes que definiram a tônica de aplicação da *class arbitration*, sendo estes o caso *Keating v. Superior Court (Keating)* e o caso *Green Tree Financial Corporation v. Bazzle (Bazzle)*.

O caso Keating foi julgado em 10 de junho de 1982 pela Suprema Corte da Califórnia. Esse caso teve início a partir de uma série de litígios entre a empresa Southland Corporation (Southland), proprietária e franqueadora de operações das lojas de conveniência 7-Eleven nos Estados Unidos e pessoas que são, ou foram, operadores franqueados das lojas na Califórnia<sup>238</sup>.

Os contratos de franquia possuíam cláusula compromissória, porém os franqueados que propuseram ações coletivas ou individuais contra a Southland alegavam a inexecutabilidade das cláusulas, pois os contratos seriam de adesão, e os contratos de franquia seriam, supostamente, inarbitráveis<sup>239</sup>.

A empresa por outro lado alegava que os litígios deviam ser resolvidos por meio de arbitragem em procedimentos individuais, conforme pactuado na cláusula compromissória. Como haviam diversas ações pendentes de julgamento os franqueados requerem a “coordenação das ações”. No entanto, o juízo de primeiro grau acolheu os pedidos da empresa franqueadora para compelir à arbitragem em cada uma das ações, sem examinar o pedido dos franqueados de certificação da coletividade<sup>240</sup>.

Por conseguintes, os franqueados impetraram mandado de segurança, o qual foi levado a julgamento perante a Suprema Corte da Califórnia. Neste julgamento o posicionamento dominante foi no seguinte sentido:

*If the alternative in a case of this sort is to force hundreds of individual franchisees each to litigate its cause with Southland in a separate arbitral forum, then the prospect of classwide arbitration, for all its difficulties, may offer a better, more efficient, and fairer solution. Where that is so, and gross unfairness would result*

---

<sup>237</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 87.

<sup>238</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 158-159.

<sup>239</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 158-159.

<sup>240</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 158-159.

*from the denial of opportunity to proceed on a classwide basis, then an order structuring arbitration on that basis would be justified*<sup>241</sup>

Ao analisar se a arbitragem coletiva seria possível, a Suprema Corte se posicionou da seguinte forma:

*In these respects, an order for classwide arbitration in an adhesion context would call for considerably less intrusion upon the contractual aspects of the relationship. The members of a class subject to classwide arbitration would all be parties to an agreement with the party against whom their claim is asserted; each of those agreements would contain substantially the same arbitration provision; and if any of the members of the class were dissatisfied with the class representative, or with the choice of arbitrator, or for any other reason would prefer to arbitrate on their own, they would be free to opt out and do so. Moreover, the interests of justice that would be served by ordering classwide arbitration are likely to be even more substantial in some cases than the interests that are thought to justify consolidation. It is unlikely that the state Legislature in adopting the amendment to the Arbitration Act authorizing consolidation of arbitration proceedings, intended to preclude a court from ordering classwide arbitration in an appropriate case. We conclude that a court is not without authority to do so*<sup>242</sup>.

Em razão desse precedente os tribunais estaduais dos Estados Unidos encontraram fundamentos para considerar a *class arbitration* como um meio viável, e, respeitando suas características, adequado de resolução de conflitos<sup>243</sup>.

Já o caso Bazzle, foi julgado em 22 de abril de 2003 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A requerente, Green Tree é empresa financiadora comercial a qual realiza contratos de mútuo com seus clientes<sup>244</sup>.

Em contrato de natureza consumerista, os requeridos, Lynn e Burt Bazzle, receberam um empréstimo da Requerente para a reforma de sua residência. Contrato este que possuía

---

<sup>241</sup> Tradução livre “Caso a alternativa seja forçar centenas de indivíduos franqueados para cada um litigar contra a Southland por meio de um procedimento arbitral individual, então a perspectiva de uma arbitragem coletiva, apesar de todas suas dificuldades, pode oferecer uma solução melhor, mais eficiente e mais justa. Desta forma, a negação da possibilidade de proceder por meio de uma arbitragem coletiva seria uma brutal injustiça, motivo pelo qual uma determinação que estruturasse o procedimento dessa maneira seria justificada.

<sup>242</sup> Tradução livre: “Nesse respeito, uma determinação para realização da arbitragem de uma ação coletiva em um contexto de adesão poderia ser consideravelmente menos intrusiva sobre os aspectos contratuais da relação. Os membros da coletividade sujeitos à arbitragem da ação coletiva seriam todas as partes de um contrato com a parte contra a qual seus pedidos foram estipulados; cada um desses contratos conteria substancialmente a mesma disposição sobre arbitragem; e se qualquer um dos membros da coletividade ficasse descontente com o representante dessa coletividade, ou com a escolha do árbitro, ou por qualquer outro motivo preferisse realizar uma arbitragem individual, poderiam optar sair e fazê-lo. Além disso, os interesses da justiça que teriam sido servidos a decisão da arbitragem de uma ação coletiva, provavelmente são muito mais significativos em alguns casos do que os interesses que presume-se justificam a consolidação. É o pouco provável que a Legislatura estadual, ao aprovar a emenda da Lei de Arbitragem autorizando a consolidação dos processos arbitrais, tenha tentado impedir os juízes de ordenar a arbitragem de uma ação coletiva em um caso apropriado. Concluimos que um juízo tem autoridade para tanto.

<sup>243</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 159.

<sup>244</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89-93.

clausula arbitral. Além destes, Daniel Lackey e George e Florine Buggs, também celebraram contratos da mesma natureza, para a compra de trailers<sup>245</sup>.

Em ambas as relações a empresa Green Tree teria descumprido normas da legislação bancária do Estado da Carolina do Sul ao não fornecer aos seus clientes um formulário legal obrigatório que os informava sobre seu direito a nomear seus próprios advogados e agentes de seguro. Nesta toada os consumidores, separadamente, ajuizaram ações perante a justiça estadual da Carolina do Sul, pleiteando a reparação civil pelos danos enfrentados bem como que as ações fossem certificadas como *class action*<sup>246</sup>.

Em ambos os casos a empresa alegou a existência de cláusula compromissória e sustentou que a demanda deveria ser submetida à arbitragem. Em “Bazzle v. Green Tree” a justiça estadual certificou a ação coletiva e remeteu as partes para à jurisdição arbitral. No caso, “Lackey v. Green Tree”, a justiça estadual remeteu as partes diretamente à arbitragem, e, coube ao arbitro certificar a ação coletiva. Em ambas as ações os pleitos dos consumidores foram deferidos, sendo no primeiro caso a indenização de US\$ 10.935.000,00, e no segundo de US\$ 9.200.000,00<sup>247</sup>.

Em razão das condenações a empresa apelou ao Tribunal Estadual de Recursos, sustentando a ilegalidade de uma arbitragem na forma coletiva. Neste momento, a Suprema Corte da Carolina do Sul consolidou ambas as ações e se posicionou com base nos seguintes fundamentos: (i) os contratos celebrados entre as partes eram silentes com relação à arbitragem de ações coletivas; (ii) conseqüentemente haveria autorização para se proceder à arbitragem de ações coletivas; (iii) a arbitragem teria tomado esse formato adequadamente<sup>248</sup>.

A questão foi parar na Suprema Corte dos Estados Unidos, que, por 5 votos a 4, acolheu a argumentação dos requeridos e determinou que um arbitro decidisse se o contrato proibia ou não arbitragem de ação coletiva. Os principais fundamentos do voto foram os seguintes: (i) as partes concordaram em submeter à arbitragem “todos os litígios ou controvérsias originárias ou relacionadas com este contrato ou com os relacionamentos dele resultantes”; (ii) logo, as partes concordaram que um árbitro, e não um juiz, deveria responder essa questão relevante, sendo certo que qualquer dúvida sobre o escopo das questões arbitráveis deveria ser resolvido em favor da arbitragem; (iii) a questão relevante é sobre que tipo de processo arbitral as partes

---

<sup>245</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89-93.

<sup>246</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89-93.

<sup>247</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89-93.

<sup>248</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 172-174.

acordaram, o que concerne a interpretação do contrato e dos procedimentos arbitrais e; (iv) com relação à questão haver ou não proibição de arbitragem de ações coletivas no contrato celebrado entre as partes, certo é que as partes ainda não obtiveram a sentença arbitral a esse respeito, e é o árbitro que tem competência para decidir essa questão.

Nas palavras Ana Luiza Nery “o caso *Green Tree Financial Corporation v. Bazzle* pode ser considerado um marco na evolução do instituto da *class arbitration*”. A partir desse caso foi superada o entendimento que seria necessário uma decisão judicial que determinasse a consolidação de procedimentos de classe, o caso *Bazzle* estabeleceu que por meio do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, os árbitros – não os juízes – possuem a competência de determinar a conveniência ou não da reunião<sup>249</sup>.

Nesta linha, segundo Romulo Greffi Mariani<sup>250</sup>, a partir do caso *Bazzle*, foi estabelecido que o único óbice que, eventualmente pudesse ser imposto à instauração de uma arbitragem coletiva consistiria na disposição das partes em acordarem nesse sentido, e não impedimentos impostos pelo sistema arbitral ou de processo coletivo.

Desta forma, percebe-se o amadurecimento do instituto na prática americana que, harmonizando os preceitos essenciais do processo coletivo com os princípios gerais da arbitragem, manejou-se dar aplicação a arbitragem coletiva, de modo que ela configure mais um instrumento apto a garantir uma tutela jurisdicional eficiente e adequada, nos casos de demandas que aderem a sua natureza coletiva.

#### **4.2.2 Compatibilidade com o Ordenamento Jurídico brasileiro**

Como visto alhures, o ordenamento jurídico americano foi capaz de harmonizar a principiologia da arbitragem com as bases do processo coletivo, o que, permitiu a criação de um meio de resolução de lides coletivas eficiente, o que se constata, inclusive, pelo alto número de arbitragens dessa natureza lá instauradas.

Dito isso, cumpre neste momento realizar a análise quanto a compatibilidade dessa forma de arbitragem com o ordenamento jurídico nacional. Ressaltando-se que a tutela coletiva no

---

<sup>249</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 159.

<sup>250</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 93.

Brasil não possui as mesmas exigências legais da *class action* (*certification, adequacy of representation e notice*).

Para realizar essa reflexão quanto a compatibilidade desta forma de arbitragem com o ordenamento brasileiro é necessária analisar os bens tutelados em nível coletivo com os parâmetros de arbitrabilidade definidos pelo sistema, assim como observar a viabilidade de transposição da estrutura de processo coletivo à arbitragem.

#### 4.2.2.1 Arbitrabilidade dos Direitos Individuais Homogêneos

Como demonstrado no item 2.1 deste trabalho, o Brasil adotou um sistema dual de arbitrabilidade. Há a arbitrabilidade objetiva e subjetiva, as quais sua natureza e parâmetros já foram analisadas. Seria necessário então verificar a conformação dos direitos coletivos com os parâmetros de arbitrabilidade. No entanto, para fins desse trabalho, apenas será realizada essa verificação de compatibilidade no que diz respeito aos direitos Individuais Homogêneos.

Iniciaremos pela arbitrabilidade objetiva. Quanto a disponibilidade, os direitos individuais homogêneos são tidos pela doutrina majoritária como perfeitamente disponíveis. Eis que juristas como Ada Pellegrine Grinover<sup>251</sup>, Romulo Greffi Mariani<sup>252</sup>, Ana Luiza Nery<sup>253</sup>, Bernardo Lima<sup>254</sup>, Mattos Neto<sup>255</sup>, Alem e Medici Junior<sup>256</sup> defendem univocamente a arbitrabilidade dos direitos individuais homogêneos, também, em razão de sua disponibilidade.

Bernardo Lima<sup>257</sup> defende a arbitrabilidade desses direitos justamente por conta de sua essência individual, e pela sua possibilidade de discussão quanto ao aspecto econômico da violação desses direitos. Mariani, fundamenta ainda no seguinte sentido:

Trata-se, como visto, de direitos que, nada obstante a homogeneidade, não deixam de ser individuais em sua natureza. E mais: na maior parte das vezes, disponíveis,

---

<sup>251</sup> GONÇALVES, Eduardo Damiano; GRINOVER, Ada Pellegrini. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, n. 136, p. 249-267.

<sup>252</sup> <sup>252</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 54.

<sup>253</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 240.

<sup>254</sup> LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 121-128.

<sup>255</sup> NETO, Antônio José de Mattos. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. **In: Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 122, São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 151-166

<sup>256</sup> ALEM, Fábio Pedro; JUNIOR, Fernando Médici. Novas tendências para a solução de conflitos nas relações de consumo – arbitragem. **In: VERÇOSA, Haroldo (org.) Aspectos da Arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281-298

<sup>257</sup> LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 121-128.

em especial à luz da patrimonialidade que lhes é corriqueira, de maneira a cumprir com o principal requisito para que o litígio seja deslocado à arbitragem<sup>258</sup>.

Cumprido ressaltar que a análise de indisponibilidade recaí sobre a relação do direito com seu titular, por este motivo, por mais que o regime de substituição processual (art. 6 do CPC) seja a regra geral nas demandas coletivas, a disponibilidade deve ser aferida em relação ao titular, pois o substituto encontra os mesmos óbices que teria caso estivesse litigando no judiciário, pois, evidentemente, não pode dispor de direito que não lhe pertence<sup>259</sup>.

Nesta linha leciona André Roque Vasconcelos que o atributo da disponibilidade ou não de um direito está, em verdade, ligado ao direito material que se pretende discutir em sede de arbitragem, e não ao fato de que, por autorização legal, esse direito poder ser tutelado por meio da via coletiva, que seria mero instrumento processual<sup>260</sup>.

Dessa forma, como sinaliza Eduardo Talamini<sup>261</sup>, é necessário diferenciar “situações de indisponibilidade estabelecidas estritamente no âmbito do direito processual e aquelas oriundas propriamente do direito material”.

Outro aspecto importante é o fato de que a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ações coletivas não significa, necessariamente a indisponibilidade do direito<sup>262</sup>.

Nesta linha ainda, adverte-se que não está dentro do escopo desse trabalho analisar a legitimidade do Ministério Público em ser parte numa arbitragem coletiva, nem a maneira que isso se daria.

Noutro giro, quanto ao aspecto de patrimonialidade, verifica-se que, não apenas disponíveis, mas os direitos individuais homogêneos são essencialmente patrimoniais, na medida em que sua violação, comumente, ensejará uma ação de cunho indenizatório<sup>263</sup>.

À luz da defesa dos investidores cujos direitos foram lesados em sede de mercado de capitais, essa adequação não encontra margem para dúvidas. Cabe a reflexão neste sentido de que uma série de condutas perpetradas por companhias abertas, por seus administradores ou controladores, podem lesar uma infinidade de investidores, o que não se ouvida ser uma lesão à direitos individuais homogêneos.

---

<sup>258</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 54.

<sup>259</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 54.

<sup>260</sup> ROQUE, André Vasconcelos. **Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 107.

<sup>261</sup> TALAMINI, Eduardo. Cabimento da arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 4. 2004, p. 44-64

<sup>262</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58.

<sup>263</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 71.

Nessa linha, é possível indicar uma série de atos, os quais, se realizados representariam danos diretos aos investidores, gerando em consequência o direito a reparação destes em face da companhia, a exemplo de: (i) divulgação de informações e balanços falsos; (ii) recusa ou omissão de prestação de informação e violação dos deveres de publicidade e transparência; (iii) violação da obrigação de distribuição de dividendos ou exclusão total ou parcial de acionistas da referida distribuição; (iv) desrespeito ao direito de preferência na subscrição de ações; (v) omissão de convocação de assembleias ou de acionistas para a assembleia e (vi) vedação de participação de acionistas em assembleia<sup>264</sup>.

Como destacado por Ana Frazão<sup>265</sup> (trazendo novamente à baila o caso Petrobras), os acionistas americanos e agora os brasileiros que litigam em face da Petrobras com pedido de indenização, fundamentam seu pedido na alegação de que a empresa divulgou informações e balanços falsos que teriam manipulado artificialmente o preço das ações, causando danos diretos aos investidores na medida em que as informações era reveladas gerando a desvalorização abrupta e estrondosa dos títulos.

A discussão em questão não nega a disponibilidade dos direitos em questão uma vez que, inclusive, por determinação expressa da Lei 9.913/89 – que dispõe sobre Ação Civil Pública em caso de responsabilização por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários - é ressalvado o direito dos prejudicados de ajuizarem ação própria, o que ressalta o caráter individual e divisível dos direitos em jogo<sup>266</sup>.

Muito menos restam dúvidas quanto ao caráter patrimonial dos direitos em questão, que se referem justamente ao dano patrimonial causado pela desvalorização de valores mobiliários

---

<sup>264</sup> NUNES, Pedro Caetano. **Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 18-19

<sup>265</sup> FRAZÃO, Ana. Companhias abertas e ações de indenização movidas por investidores: A delicada questão do ressarcimento de danos decorrentes de atos de corrupção. 21 fev. 2018. **JOTA**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/companhias-abertas-e-aco-es-de-indenizacao-movidas-por-investidores-2102201>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

<sup>266</sup> Art. 1º Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente quando decorrerem de: I - operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários; II - compra ou venda de valores mobiliários, por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante, ainda não divulgada para conhecimento do mercado ou a mesma operação realizada por quem a detenha em razão de sua profissão ou função, ou por quem quer que a tenha obtido por intermédio dessas pessoas; III - omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa. (BRASIL. **Lei nº 7.913**, de 7 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Brasília, DF. 7 dez. 1989. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1989/lei-7913-7-dezembro-1989-377012-norma-actualizada-pl.htm>>. Acesso em: 23 out. 2019)

decorrentes, em boa medida, de atos ilícitos praticados pela alta administração da empresa. E, mesmo que se considere outras hipóteses nesta seara, qualquer violação aos direitos dos acionistas poderá ensejar reparação a nível patrimonial.

Em relação a arbitrabilidade subjetiva impera perquirir se os sujeitos legitimados para propor arbitragens coletivas cumpririam os requisitos estabelecidos pela lei de arbitragem, qual seja “capacidade de contratar” nos moldes do Código Civil.

A respeito disso é relevante esclarecer desde logo que, do mesmo modo que o sistema americano de proteção de direitos coletivos, o microssistema brasileiro não prevê a possibilidade de que pessoas físicas ingressem com ações de natureza coletiva.

Nessa perspectiva coube a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor definir o rol de legitimados para ajuizar essa espécie de ações. Em linhas gerais são: (i) o Ministério Público; (ii) Defensoria Pública; (iii) Entes federativos e (iv) Associações<sup>267</sup>.

Essa última, ainda, deve cumprir alguns requisitos<sup>268</sup>, quais sejam: (i) possuir ao menos 1 (um) ano de tempo de constituição e (ii) ter como seu objeto social a defesa de algum bem coletivo que podem ser o patrimônio público e social, o meio ambiente, o consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, os direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou o patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em vista desse rol de possíveis agentes, é reconhecido pela doutrina<sup>269</sup> que qualquer deles possui capacidade para estar ou instaurar o juízo arbitral, embora para fins desse trabalho o foco será apenas na atuação das associações na defesa desses direitos individuais homogêneos.

---

<sup>267</sup> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF. 24 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 23 out. 2019.)

<sup>268</sup> V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF. 24 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 23 out. 2019)

<sup>269</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 77.

Mediante esses fundamentos acredita-se que, em termos de arbitrabilidade, não se encontra óbices para que os direitos individuais homogêneos - especialmente em casos de defesas de investidores no mercado de capitais – sejam objeto de discussão em sede de arbitragem coletiva ajuizada no Brasil.

#### 4.2.2.2 Aspectos Processuais: Legitimidade Processual por Representação ou Substituição e Eficácia Subjetiva da Decisão

Dando sequencia a análise de compatibilidade do instituto da arbitragem coletiva no ordenamento jurídico brasileiro a próxima reflexão que deve ser feita é a adequação da estrutura do processo coletivo brasileiro com o procedimento arbitral, motivo pelo qual se passa a discorrer sobre alguns de seus principais aspectos, quais sejam a legitimidade processual e a amplitude subjetiva dos efeitos da coisa julgada.

Nesta toada, Viviane Muller Prado e Antônio Deccache<sup>270</sup>, em seminal artigo sobre o tema indicam que a arbitragem coletiva voltada para defesa dos acionistas pode se operar mediante duas hipóteses de legitimidade processual, cada qual com diferentes repercussões no alcance subjetivo da sentença arbitral. A primeira seria por meio de representação processual via associação e a segunda por meio de substituição processual via associação.

A arbitragem coletiva por meio de representação ocorre quando uma associação de acionistas minoritários instaura um procedimento a fim de reclamar as perdas sofridas por seus associados. Conforme argumenta Cesar Pereira e Luisa Quintão<sup>271</sup>, neste caso a representação por meio de associação em procedimento arbitral decorre do direito fundamental de representação associativa insculpido no inciso XXI do art. 5 da Constituição Federal<sup>272</sup>.

Assim, segundo o autor, existindo autorização expressa dos filiados para que a associação realize a representação e havendo convenção de arbitragem que abranja direitos individuais

---

<sup>270</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122

<sup>271</sup> PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Arbitragem coletiva no Brasil: atuação de entidades representativas (art. 5, XXI, da Constituição Federal). **Informativo do Escritório Justen Pereira, Oliveira e Talamini**. 2015. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/>>. Acesso em: 23 out. 2019.

<sup>272</sup> XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 23 out. 2019.)

homogêneos dos acionistas associados fica autorizada a representação em procedimento arbitral<sup>273</sup>.

Neste caso, frise-se, a associação não é parte no processo, ela apenas atua em nome de seus associados, defendendo o direito deles, na condição de representante processual. Em outras palavras, a associação age em nome e por conta de seus associados, estes sendo os verdadeiros titulares da relação de direito material<sup>274</sup>.

Essa modalidade processual não consiste numa hipótese de ação coletiva propriamente dita, uma vez que a legitimidade processual aqui decorreria de mero favor constitucional, o qual pode ser utilizado pelos associados a fim de facilitar a atuação de múltiplos indivíduos em procedimento arbitral de interesse comum<sup>275</sup>. Por esta razão Viviane Muller Prado indica que não seria tecnicamente caso de “arbitragem coletiva”, mas de litisconsórcio ativo (arbitragem multipartes)<sup>276</sup>.

A repercussão prática de maior relevância dessa constatação é de que, neste caso, a coisa julgada só teria efeitos sobre os acionistas associados que autorizaram sua representação no bojo da arbitragem<sup>277</sup>. Logo, a sentença arbitral nesse caso não terá efeitos *ultra partes*, produzindo os mesmo efeitos que qualquer sentença judicial proferida em território nacional<sup>278</sup>.

Por outro lado, a arbitragem coletiva por meio de substituição processual também pode ser promovida por meio de uma associação, cujo intuito seria de reclamar a reparação de todos os detentores dos mesmos direitos individuais homogêneos, a exemplo de acionistas prejudicados por alguma das hipóteses já vistas.

No entanto aqui a arbitragem consistiria em verdadeira ação coletiva, legitimada pela cumulação das Leis 7.913/89, 7.347/85 e 8.078/90. Neste caso, portanto, trata-se de

---

<sup>273</sup> PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Arbitragem coletiva no Brasil: atuação de entidades representativas (art. 5, XXI, da Constituição Federal). **Informativo do Escritório Justen Pereira, Oliveira e Talamini**. 2015. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/>>. Acesso em: 23 out. 2019.

<sup>274</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

<sup>275</sup> PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Arbitragem coletiva no Brasil: atuação de entidades representativas (art. 5, XXI, da Constituição Federal). **Informativo do Escritório Justen Pereira, Oliveira e Talamini**. 2015. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/>>. Acesso em: 23 out. 2019.

<sup>276</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

<sup>277</sup> PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Arbitragem coletiva no Brasil: atuação de entidades representativas (art. 5, XXI, da Constituição Federal). **Informativo do Escritório Justen Pereira, Oliveira e Talamini**. 2015. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/>>. Acesso em: 23 out. 2019.

<sup>278</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

legitimidade processual extraordinária, decorrente de lei, ou seja, a associação nesse caso defende em nome próprio direito alheio.

A legitimidade *ad causam* é garantida pelos arts. 5º, item V, da Lei de Ação Civil Pública<sup>279</sup>, 82, IV, e 91, do CDC<sup>280</sup>, que conferem, de maneira expressa, legitimidade para a associação dar início a ação coletiva na condição de substituta processual.

Aqui, como se trata de verdadeira ação coletiva a coisa julgada terá efeitos *erga omnes*. Destarte, os efeitos da sentença não se estenderam apenas aos acionistas que se associaram, mas a todos os acionistas da companhia, pois todos estão ligados pela mesma relação de direito material<sup>281</sup>. Esse efeito decorre de previsão legal expressa (arts. 103 e 104 do CDC<sup>282</sup>).

Um elemento que deve ser evidenciado é quanto ao fato de que a sentença apenas faz coisa julgada para as partes caso o pedido seja procedente, caso seja improcedente os acionistas não

---

<sup>279</sup> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: V - a associação que, concomitantemente (BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF. 24 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 23 out. 2019)

<sup>280</sup> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear; Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 23 out. 2019.)

<sup>281</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

<sup>282</sup> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. (BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 23 out. 2019.)

estram vinculados aos termos da sentença, podendo, ainda, ingressar com novo feito a título individual<sup>283</sup>.

Deste modo, em consonância com a legislação pertinente, os valores de indenização definidos em eventual condenação deverão ser revertidos aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo. Para pleitear a indenização os investidores precisam habilitar seu crédito no processo, sendo que esse direito decaí em dois anos. Se a habilitação não for feita por parte dos investidores, os valores que restarem serão recolhidos para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos<sup>284</sup>.

A sentença na ação coletiva terá uma condenação genérica, apenas reconhecendo a responsabilidade do réu pelos danos sofridos. Há então uma liquidação de sentença, a título individual, em que cada acionista que se habilitar terá que provar o dano pessoal e o nexo de causalidade entre este e o dano geral reconhecido na sentença, bem como qualificar os prejuízos<sup>285</sup>.

Outrossim, note-se que ambas as hipóteses podem ser realizadas, embora seus efeitos processuais sejam diferentes, porém, para fim deste tópico o mais importante a mencionar é que ambas as hipóteses de legitimação processual podem se dar em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo qualquer delas uma opção às mãos dos investidores para assegurar um ambiente de mercado de capitais com maior segurança jurídica.

---

<sup>283</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 76

<sup>284</sup> Art. 2º As importâncias decorrentes da condenação, na ação de que trata esta Lei, reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo. § 1º As importâncias a que se refere este artigo ficarão depositadas em conta remunerada, à disposição do juízo, até que o investidor, convocado mediante edital, habilite-se ao recebimento da parcela que lhe couber. § 2º Decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de dois anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF. 24 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 23 out. 2019).

<sup>285</sup> Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. (BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 23 out. 2019.)

## **5 ARBITRAGEM COLETIVA COMO MEIO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A DEFESA DOS DIREITOS DOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS**

Como visto é possível indicar que a arbitragem coletiva é uma opção viável no Brasil para discutir direitos coletivos ainda em sede de arbitragem.

Nestes termos, cumpre no presente capítulo apresentar reflexão sobre se a arbitragem coletiva configura, efetivamente, um mecanismo apto a corrigir, em alguma medida, as problemáticas delineadas nos capítulos anteriores.

Ou seja, levando em consideração que a arbitragem é elemento constante na maior parte dos estatutos sociais das principais companhias brasileiras; levando em conta ainda que por reforma da Lei de S.A não restam dúvidas que a cláusula compromissória vincula todos os acionistas, inclusive um sem número de pessoas físicas, nas hipóteses em que esses investidores sejam lesado por algum ato ilícito perpetrado pela companhia, seus controladores ou diretores, a arbitragem coletiva seria uma boa opção para resolver essa questão?

Para tentar responder esse questionamento discute-se as vantagens que essa forma de arbitragem pode oferecer aos investidores, especialmente considerando os efeitos práticos do artigo 136-A da Lei de S.A (5.1), bem como os desafios que possam surgir nessa forma peculiar de arbitragem, principalmente quando se compara com o procedimento que a prática brasileira consagrou e se habituou em termos de confidencialidade, método de escolha dos árbitros, indicação da instituição, entre outros (5.2).

### **5.1 AS VANTAGENS EM RELAÇÃO AOS PROBLEMAS DE ORDEM PRÁTICA DECORRENTES DOS EFEITOS DO ART. 136-A DA LEI 6.404/76**

Como visto, o art. 136-A da Lei de S.A determinou que todos os acionistas, independentemente de terem sido favoráveis ou não a inclusão da cláusula compromissória estatutária, independentemente de terem adquirido ações da companhia posteriormente a inclusão, estão vinculados por ela. Ou seja, se o acionista decidir por se manter como sócio da empresa, não exercendo tempestivamente seu direito de retirada, para a lei é uma demonstração de consentimento em se manter vinculado à cláusula.

Em nossa visão, repita-se, correta a definição legal pois preserva o princípio majoritário que estrutura as relações societárias, mantendo a convivência social e o direcionamento da empresa viável.

No entanto, em se falando de companhias abertas, portanto, cujas ações são negociadas em bolsa, especialmente naquelas com alta dissipação e liquidez no mercado, um número enorme de acionistas pessoas físicas pode ser prejudicado por atos ilícitos, e, neste cenário encontram dificuldades para pleitear reparação por seus danos.

Conforme reflexão realizada no item 2.3.1.1 deste trabalho, arbitragem não significa apenas vantagens, uma vez que o instituto também pode apresentar problemas para as partes que o utilizam em comparação com outras formas de resolução de conflitos, até mesmo em relação ao judiciário.

Nesta linha, como visto no caso Petrobras (descrito no item 3.2), observa-se que, no contexto de acionistas de companhias abertas vinculados às cláusulas compromissórias estatutárias, duas grandes questões resultaram em um problema palpante. A impossibilidade de recorrer ao poder judiciário (efeito negativo da convenção arbitral), bem como os valores altíssimos para ingressar com demanda na Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) acarretaram a vedação no acesso à tutela jurisdicional de um sem número de acionistas minoritários.

Essa constatação, baseada em caso concreto, põe em questionamento, inclusive, se em todos os casos seria possível dizer que a arbitragem prevista em estatutos sociais cumpre seu papel como elemento de governança corporativa. Se a governança corporativa é, conforme reflexão de Mario Engler<sup>286</sup>, o conjunto de normas e estruturas voltadas para garantir o equilíbrio das dinâmicas sociais, questiona-se com que eficácia ela garantiu a proteção dos minoritários no caso Petrobras.

Em vista dessas questões se defende neste trabalho que adotar a arbitragem coletiva para solução de questões que envolvam direitos individuais homogêneos no mercado de capitais pode ser vantajoso, na medida em que (i) viabilizaria o acesso à jurisdição de um sem número de acionistas minoritários e (ii) garantiria uma maior segurança jurídica para os agentes do mercado de capitais brasileiro. Como se passa a expor.

---

<sup>286</sup> JUNIOR, Mario Engler Pinto. A governança corporativa e os órgãos de administração. *In*: FILKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Org.). **Direito Societário: Gestão e Controle**. São Paulo, 2008

### 5.1.1 Acesso à jurisdição

Um primeiro aspecto que deve ser observado é o fato de que a instauração de uma arbitragem coletiva, seja por representação, ou por substituição, acarreta um primeiro benefício bastante direto para os acionistas vinculados a cláusulas compromissórias estatutárias que tiveram seus direitos violados, qual seja o rateio das custas, despesas e honorários arbitrais. Dessa forma pensam Viviane Muller Prado e Antônio Deccache<sup>287</sup>, Ana Luiza Nery<sup>288</sup>, Rômulo Greffi Mariani<sup>289</sup>, além de Cesar Pereira e Luísa Quintão<sup>290</sup>.

Nesse sentido, como pontuado por Cesar Pereira e Luísa Quintão<sup>291</sup> não é necessária uma alteração nos regulamentos das instituições arbitrais a fim de permitir a representação associativa em arbitragens de múltiplos indivíduos pois esse direito decorre diretamente de previsão constitucional. Sendo assim, parece bastante claro que esse raciocínio também se aplica as arbitragens coletivas por substituição, já que a legitimidade processual decorre diretamente da lei.

No entanto, permanece relevante o questionamento quanto a real viabilidade de que a instauração de uma arbitragem signifique a possibilidade de acesso à jurisdição dos acionistas mediante o dispêndio de um valor menor do que o necessário caso ele ingressasse com a ação individualmente.

Felizmente, algumas instituições arbitrais brasileiras já estão adequando seus regulamentos a fim de possibilitar a instauração de arbitragens com múltiplos indivíduos já observando essa questão. É o caso da Câmara de Arbitragem do Mercado.

Observando-se as disposições do regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado, tem-se as seguintes custas: (i) taxa de administração do procedimento arbitral, cujo valor varia em razão do montante envolvido no litígio, que deve ser paga mensalmente ou fracionada, paga desde do início do procedimento até que seja proferida a sentença; (ii) despesas comuns, que

---

<sup>287</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

<sup>288</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 284.

<sup>289</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 147.

<sup>290</sup> PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Arbitragem coletiva no Brasil: atuação de entidades representativas (art. 5, XXI, da Constituição Federal). **Informativo do Escritório Justen Pereira, Oliveira e Talamini**. 2015. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/>>. Acesso em: 23 out. 2019.

<sup>291</sup> PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Arbitragem coletiva no Brasil: atuação de entidades representativas (art. 5, XXI, da Constituição Federal). **Informativo do Escritório Justen Pereira, Oliveira e Talamini**. 2015. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/>>. Acesso em: 23 out. 2019.

por ventura sejam determinadas pelo Tribunal, que devem ser rateadas pelas partes; (iii) honorários arbitrais, cujo valor da hora é de R\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais) para os litígios instaurados a partir de julho de 2017 e de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para os procedimentos anteriores; (iv) honorários de peritos e assistentes técnicos arbitrados pelo Tribunal; (v) além dos honorários advocatícios e sucumbências que podem ser convencionados no Termo de Arbitragem<sup>292</sup>.

Nesse contexto, a Câmara de Arbitragem do mercado indica que:

A taxa de administração é devida em sua integralidade por cada uma das partes do procedimento. No caso de múltiplas partes, cada uma delas deverá arcar com a taxa de administração, salvo se representadas pelos mesmos patronos ou sociedade de advogados, hipótese na qual será cobrada uma única taxa<sup>293</sup>.

Dessa passagem, é possível se extrair um tratamento dado pelo regulamento como se reconhecesse a condição de “parte única”, que se daria a título ou de representação ou substituição processual. Mas, fato é, que importa em permissão da instituição arbitral para que indivíduos representados ou substituídos possam ratear o valor da taxa de administração que estar-se-ia sendo cobrando como se houvesse apenas um indivíduo litigando, reduzindo significativamente o valor<sup>294</sup>.

Ocorre que, nem todas as instituições arbitrais brasileiras contam com disposições que vão nessa linha, o que por certo representa a necessidade de mudanças breves, até para que elas mesmas não percam espaço de mercado ao ponto em que mais e mais arbitragens coletivas forem levadas a cabo no Brasil<sup>295</sup>.

No entanto, o que parece inequívoco é que por meio de uma associação, constituída ou utilizada para representar ou substituir processualmente os acionistas de determinada empresa, é possível a realização de um rateio entre todos dos valores necessários para levar à demanda coletiva à arbitragem, ainda que os regulamentos das Câmaras arbitrais ainda não apresentem uma regulação suficientemente definida para esse fim. Por isso defende-se nesse trabalho que

---

<sup>292</sup> CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO (CAM-BE). **Regulamentação**. Disponível em: <[http://www.b3.com.br/pt\\_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao///](http://www.b3.com.br/pt_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao///)> Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>293</sup> CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO (CAM-BE). **Regulamentação**. Disponível em: <[http://www.b3.com.br/pt\\_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao///](http://www.b3.com.br/pt_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao///)> Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>294</sup> PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Arbitragem coletiva no Brasil: atuação de entidades representativas (art. 5, XXI, da Constituição Federal). **Informativo do Escritório Justen Pereira, Oliveira e Talamini**. 2015. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/>>. Acesso em: 23 out. 2019.

<sup>295</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 285

a arbitragem coletiva facilita o acesso à jurisdição arbitral para os acionistas minoritários, pois pode tornar economicamente viável o litígio.

Um outro aspecto que resulta num maior acesso à jurisdição por parte dos acionistas minoritários é o simples fato de que a arbitragem coletiva é um mecanismo processual apto a tutelar os interesses individuais homogêneos de uma série de indivíduos, que, se não fosse por tal oportunidade, provavelmente, jamais buscariam seus direitos seja na justiça estatal ou na arbitragem, pois não são afeitos a conflitos jurídicos de nenhuma natureza.

Não se olvida que o Brasil é um país com altíssimas taxas de conflitos judiciais, mas que em sua maioria são ajuizadas pelo próprio Estado. Salve em certas áreas da vida, como em relação a saúde<sup>296</sup> e por questões previdenciárias, o brasileiro tende a evitar a todo custo trazer suas demandas a qualquer forma de resolução de conflitos, e, em que pese a seara empresarial seja em média um contexto com indivíduos mais instruídos, essa realidade se estende as, até então, 1,3 milhões de pessoas físicas cadastradas na B3<sup>297</sup>.

Sendo assim, defende-se que com a popularização das arbitragens coletivas uma maior quantidade de sujeitos, especialmente os inseridos num contexto de mercado de capitais, por todos os elementos já tratados, terão suas demandas levadas à apreciação jurisdicional na via arbitral.

Nas palavras de Ana Luiza Nery:

A promoção do acesso à justiça nas lides coletivas se verifica tendo em vista a possibilidade de se discutir em juízo violações em massa de direitos e de se buscar uma tutela jurisdicional que atenda àquela coletividade, independentemente do valor do dano atribuível a cada indivíduo<sup>298</sup>

Para além de mero acesso à jurisdição é possível indicar ainda, que a combinação da arbitragem, com todas as suas claras vantagens já mencionadas, como flexibilidade, celeridade e especificidade, com o processo coletivo representam uma verdadeira melhora na qualidade da prestação jurisdicional. É dessa maneira que se posiciona Rômulo Greff Mariani, quem indica que:

Se somadas à flexibilidade que dentro de certos limites a arbitragem oferecerá, aqui se defende que o processo arbitral terá condições de melhorar a prestação jurisdicional em âmbito coletivo. Como pano de fundo, o que se propõe é um maior

---

<sup>296</sup> MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Camimura. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em 10 anos. 18 mar. 2019. **Agência CNJ de notícias**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>>. Acesso em: 23 de out. 2019

<sup>297</sup> PAVINI, Angelo. Bolsa já tem mais de 1,3 milhão de investidores. 03 set. 2019. **Exame**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mercados/bolsa-ja-tem-mais-de-13-milhao-de-investidores/>>. Acesso em: 23 de out. 2019

<sup>298</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 295.

diálogo entre os dois processos de resolução de conflitos, algo que, antes de acarretar dicotomias invencíveis, resulte numa maior convergência entre dois sistemas<sup>299</sup>.

Por essas razões defende-se no presente trabalho que a arbitragem coletiva é meio processual adequado para a defesa de acionistas minoritários, uma vez que ela viabiliza um maior acesso a tutela jurisdicional aos acionistas e ainda tem a potencialidade de permitir uma prestação jurisdicional de maior qualidade se comparada com os mecanismos análogos do judiciário.

### 5.1.2 Segurança Jurídica

Outra grande vantagem que emerge da utilização da arbitragem coletiva é maximizar a segurança jurídica para os agentes no contexto do mercado de capitais. Note-se que qualquer mecanismo de ação coletiva busca em certa medida trazer uma única solução para o que poderia ser uma série incontável de litígios, no entanto, essa virtude do sistema de processos coletivos tem aplicação muito mais restrita no mercado de capitais, seja porque culturalmente o Ministério Público não interfere nessa seara, seja porque, como dito, os investidores estão vinculados à via arbitral.

Logo, ainda que a Lei 7.913 preveja expressamente a possibilidade de Ação Civil Pública para buscar a reparação dos investidores no mercado de capitais, por questões culturais e mesmo jurídicas não havia viabilidade na defesa dos direitos transindividuais dos investidores.

Nesta linha, indica Pedro Martins de Barros Neto<sup>300</sup> que além da Ação Civil Pública o sistema de proteção dos investidores ainda conta com a possibilidade de realização de Termo de Compromisso (TC), meio outorgado para a CVM pela Lei 9.457/97 que autorizou em âmbito administrativo a Autarquia realizar o aludido termo a fim de compelir os agentes a cessarem práticas ilícitas e repararem os investidores pelos danos sofridos, assim como o Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos (MRP) instituído pela própria B3, porém ambos seriam ineficientes pelas seguintes razões.

Quanto ao Termo de Compromisso, ele é instrumento consensual de resolução de conflitos que apenas pode ser proposto pela própria CVM, podendo ser celebrado em qualquer

---

<sup>299</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 115.

<sup>300</sup> NETO, Pedro Martins de Barros. Problemas no ressarcimento do investidor prejudicado no direito brasileiro. **Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 72, 2016.

momento do procedimento administrativo. No entanto, após análise de 430 termos celebrados dos anos de 2000 a 2016 constatou-se que apenas 30 (6,97%) efetivamente ressarciram os danos dos investidores<sup>301</sup>.

Por outro lado, o Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos tem por escopo apenas reparar danos decorrentes da “ da ação ou omissão dos participantes da BM&FBOVESPA, ou de seus administradores, empregados ou prepostos, em relação à intermediação de negociações realizadas na bolsa ou aos serviços de custódia”, além de que o teto da indenização são apenas R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais).

Nesta toada, a arbitragem coletiva oferece uma resposta jurisdicional para um sem número de investidores lesados, concedendo a todos um tratamento paritário pois a decisão valerá para todos da mesma forma, levando em consideração as peculiaridades se a legitimidade processual for a título de representação ou substituição.

De todo modo, a possibilidade efetiva de um meio de responsabilização dos agentes econômicos que cometerem atos ilícitos em detrimento de seus acionistas e investidores em geral é um fator que eleva tanto a segurança jurídica, no sentido de preservação das regras e princípios que regulam esse espaço social, mas também segurança econômica na medida em que diminui a possibilidade de prejuízos que não decorram das regras do jogo.

Nesse sentido se posiciona Ana Luiza Nery, quando diz:

A mera possibilidade da tutela coletiva e da conseqüente responsabilidade civil em massa faz com que potenciais infratores se sintam desencorajados de praticar condutas ilícitas coletivas o que torna a ação coletiva um mecanismo de efetivação do direito material

Por essas razões defende-se no presente trabalho que a arbitragem coletiva é mecanismo adequando a defesa dos acionistas minoritários uma vez que maximiza a segurança jurídica dos agentes econômicos no contexto do mercado de capitais.

## 5.2 HIPÓTESES DE SUPERAÇÃO DOS DESÁFIOS INERENTES AO INSTITUTO

Adotar a prática de arbitragens coletivas no Brasil, sem sombra de dúvidas representa um desafio para a doutrina e toda comunidade jurídica brasileira, no que tange ao

---

<sup>301</sup> NETO, Pedro Martins de Barros. Problemas no ressarcimento do investidor prejudicado no direito brasileiro. **Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 72, 2016.

desenvolvimento, assim como se deu nos Estados Unidos, de um costume jurídico concreto que disponha de respostas bem estabelecidas sobre como conciliar o sistema de processo coletivo com a arbitragem.

No entanto, cabe ressaltar que a própria prática arbitral deve ser repensada, a fim de compatibilizar o procedimento arbitral com a tutela de direitos coletivos. Essas adequações, defende-se, devem vir principalmente nos regulamentos das instituições arbitrais do país, pois a maioria dos procedimentos arbitrais ocorrem justamente utilizando as regras dessas instituições.

Sabe-se também que, muitos regulamentos não contêm disposições que em primeira mão seriam necessárias para submeter essa espécie de demanda. Diferentemente da Câmara de Arbitragem do Mercado, que como dito, já oferece um tratamento diferenciado na cobrança de custas caso a arbitragem seja multipartes, outras Câmaras não contam com disposições nesse sentido.

Então, por exemplo, o Centro de Arbitragem da Amcham Brasil prevê em seu regulamento (Anexo II, Item 2.5) que, em caso de representação de representação de múltiplos indivíduos no mesmo polo por um mesmo representante, cada um dos requerentes ou requeridos, ao invés de arcar com a mensalidade integral devida, pagará 50% do valor da mensalidade.

A hipótese prevista gera dúvidas acerca do tratamento relativo à mensalidade ou à taxa de administração, se seria devida como se a associação fosse uma única parte ou se calculada considerando-se individualmente os diversos representados pela associação, cada qual obrigado ao pagamento de 50% do valor da mensalidade ou da taxa de administração<sup>302</sup>.

Ademais, existem outros pontos, para além da metodologia de cobrança de custas, que devem ser analisados em relação a adaptação do procedimento arbitral convencional para o que poderia ser necessário numa demanda coletiva. Motivo pelo qual passa-se a discussão quanto a (i) confidencialidade do procedimento arbitral e (ii) forma de escolha dos árbitros.

---

<sup>302</sup> PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Arbitragem coletiva no Brasil: atuação das entidades representativas (art. 5, XXI, da Constituição Federal). **Informativo do Escritório Justen Pereira, Oliveira e Talamini**. 2015. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/>>. Acesso em: 23 out. 2019.

### 5.2.1 Confidencialidade vs. Publicidade

Como visto a arbitragem vem se sagrando como meio de resolução de conflitos de preferência dos agentes econômicos, especialmente quando se refere a conflitos societários e contratuais. Uma das características do procedimento arbitral que se tornou tão procurada nesse contexto foi a possibilidade de tornar as discussões confidenciais, com diferencia-se significativamente do tratamento dado pelo judiciário.

Para Viviane Muller Prado<sup>303</sup>, a confidencialidade nos procedimentos ganha tamanha importância na medida em que se atende o interesse legítimo das partes em (i) proteger segredos de negócios e informações sensíveis ou sigilosas; (ii) promove um ambiente de menor exposição que aumenta as chances das partes chegarem a uma solução amigável; (iii) proteger a reputação dos agentes envolvidos e (iv) aumentar a concentração dos esforços em resolver a controvérsia através de um método provado e informal, em detrimento um método formalista e público que por vezes apenas agrava a questão.

Todavia, cumpre ressaltar que a confidencialidade não é elemento essencial, e, muito menos obrigatória da arbitragem. Como mencionado por Bernardo Lima: trata-se de elemento acidental da arbitragem<sup>304</sup>.

A legislação brasileira não impõe o regime de confidencialidade para os processos arbitrais, sendo o caso ou de acordo expresso entre as partes, ou comumente fruto do regulamento das Câmaras Arbitrais<sup>305</sup>.

Carlos Alberto Carmona, sobre esse assunto se posiciona no sentido de que a confidencialidade pode ser pactuada pelas partes, mas jamais impedirá que, havendo algum interesse público, constitua justificativa para que deveres como os de publicidade e transparência sejam observados em matérias sensíveis a órgãos públicos, determinados grupos ou à população em geral<sup>306</sup>

Nestes termos, não se olvida que a prática da confidencialidade dos procedimentos pode ser mitigada, especialmente quando estar-se-á lidando com interesses públicos, o que parece ser o

---

<sup>303</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

<sup>304</sup> LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 155.

<sup>305</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 152.

<sup>306</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 301-337

caso de uma demanda que discuta direitos individuais homogêneos de investidores em contexto de mercado de capitais.

No mercado de capitais vigora o princípio da transparência e o dever de as companhias abertas divulgarem ao mercado todos os fatos relevantes que possam afetar de algum modo o racional dos investidores<sup>307</sup>. Ou seja, qualquer informação considerada pelas normas regulatórias como informações que possam influenciar investidores para comprar, manter ou vender ações de determinada companhia deve ser divulgada sobre pena das sanções cabíveis (Instrução Normativa n. 358 da CVM).

Para conciliar os interesses das partes com a necessidade de publicidade inerente ao contexto social em que se insere a discussão, Viviane Muller Prado propõe dois regimes deferentes de publicização dos procedimentos de arbitragem coletivas em contexto de mercado de capitais, a depender da espécie de legitimidade processual levada a cabo<sup>308</sup>.

Se a arbitragem coletiva conduzida pela por associação a título de representação processual a arbitragem, ou ao menos alguns de seus atos, se manteriam privadas, mas com a obrigação de que fossem prestadas ao mercado informações sobre a existência da arbitragem, os valores envolvidos, a probabilidade de perda e o impacto para a companhia em caso de derrota, além da disponibilização da sentença arbitral<sup>309</sup>.

Esse raciocínio se fundamenta com base nos efeitos da coisa julgada, pois esta abarcaria apenas os acionistas que se associaram à associação e permitiram sua representação, reduzindo assim o raio de influência da decisão<sup>310</sup>.

Se a arbitragem for conduzida pela por associação a título de substituição processual, no entanto, a publicidade ganha um maior patamar de importância, situação em que seria razoável a disponibilização do processo para os membros ausentes da classe, os colegitimados e Poder judiciário<sup>311</sup>.

---

<sup>307</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

<sup>308</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

<sup>309</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem Coletiva e Companhias Abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122

<sup>310</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

<sup>311</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

Como a associação está substituindo todos os detentores do direito individual homogêneo independentemente de autorização, como a sentença, se julgada procedente, operará efeitos *erga omnes*, considera-se relevante que seja dada ampla publicidade à arbitragem, incluindo ainda, o processo de escolha dos árbitros, os andamentos e as decisões que venham a ser proferidas no decurso do procedimento<sup>312</sup>.

Ana Luiza Nery<sup>313</sup>, consubstancia o entendimento de Viviane ao apontar as consequências práticas a publicização dos atos nas arbitragens por substituição. Note-se que os membros ausentes do grupo devem ser informados para que (i) decidam se vão aguardar a decisão da ação coletiva ou ingressar com ação individual quando o objeto for passível de fracionamento (no caso dos direitos individuais homogêneos); (ii) possam controlar a atuação em juízo do substituto coletivo; e (iii) tomem conhecimento de eventual decisão final favorável a seus interesses, que poderá inclusive ser aproveitada para fins de liquidação e execução individual, na forma do art. 97 do CDC.

Bem como, os demais colegitimados devem ser informados, para que (i) possam controlar a atuação do substituto processual; (ii) decidam se haverá a necessidade de formulação de novos pedidos na esfera coletiva que não tenham sido contemplados no Termo de Arbitragem; e (iii) tomem conhecimento da decisão final, que poderá eventualmente formar coisa julgada material e impedir a propositura de novas arbitragens coletivas sobre a mesma matéria<sup>314</sup>.

Ademais, os órgãos do Poder Judiciário também precisariam ser informados sobre o ajuizamento e julgamento da ação coletiva, a fim de que (i) avaliem a ocorrência de eventual prevenção em relação a novas ações coletivas; (ii) tenham ciência das decisões proferidas na esfera coletiva, que possam impactar em processos individuais ou em outras ações coletivas; e (iii) possam processar e julgar os pedidos de liquidação e de execução individuais apresentados<sup>315</sup>.

Por essas razões acredita-se que seja necessária uma adequação dos regulamentos das Câmaras Arbitrais para pacificar qualquer dúvida em relação a essas questões, especialmente nos casos de substituição processual, sem prejuízo de uma possível alteração legislativa que torne expressa a necessidade de publicidade dos atos realizados em sede de arbitragens coletivas.

---

<sup>312</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

<sup>313</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 292-293.

<sup>314</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 292-293.

<sup>315</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 292-293.

### 5.2.2 Indicação dos árbitros

Em termos gerais a LArb define a seguinte estrutura sobre a escolha dos árbitros: (i) indicação pelas partes (art. 13, § 1), existindo a possibilidade dos arbitro escolhidos nomearem mais um julgador, quando as partes indicarem um número par de árbitros (art. 13, § 2); (ii) determinação de requisitos objetivos e subjetivos para que um sujeito possa ser indicado como arbitro (arts. 13 e 14), análise que deverá ser feita à luz de um dever de revelação por parte do indicado (art. 14, §1) e poderá ensejar o manejo de exceção de umas das partes com o sujeito indicado (art. 15); e (iii) após eventual recusa (art. 16) ou acolhimento da exceção (art. 15, paragrafo único), com as eventuais substituições necessárias, consolida-se o Tribunal Arbitral<sup>316</sup>.

Nestes termos, a prática arbitral comum, referendada pela maioria dos regulamentos das instituições arbitrais, é a constituição de um Tribunal Arbitral com três membros. Sendo um escolhido pelo requerente, outro pelo requerido, e estes dois árbitros indicados definem um terceiro que será o presidente do tribunal. Havendo impasse, a instituição de arbitragem indicará o presidente do tribunal ou mesmo, em alguns casos, todos os seus componentes. E em último caso, incumbirá ao judiciário suprir tal escolha<sup>317</sup>.

No caso das arbitragens coletivas devem ser observadas algumas peculiaridades. Primeiramente, retornando ao tema tratado acima, se a arbitragem for realizada por associação legitimada a título de substituição processual, em razão do alcance da coisa julgada, o processo de escolha dos árbitros deve ser público a fim de dar legitimidade ao processo<sup>318</sup>.

Por essa circunstância Rômulo Greff Mairiani ainda defende que os:

regulamentos aplicados em arbitragens institucionais podem inclusive prever requisitos mais rígidos para que o árbitro atue em nível coletivo, o que colaborará para a maior utilização e aceitação dessa espécie de arbitragem, aumentando a confiança da solução arbitral, em especial diante dos indivíduos que não atuam diretamente no processo<sup>319</sup>

---

<sup>316</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139.

<sup>317</sup> NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 278-279.

<sup>318</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

<sup>319</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 142.

Na hipótese que os interessados não consigam chegar a uma indicação, defende Viviane Muller Prado que, a fim de preservar a isonomia entre as partes da arbitragem, a instituição arbitral deva nomear todos os membros do tribunal<sup>320</sup>.

Por essas razões acredita-se que a questão da indicação dos árbitros não oferece nenhuma dificuldade real para a instauração de uma arbitragem coletiva, visto que soluções muito simples podem ser encontradas no sistema exatamente como ele é.

---

<sup>320</sup> PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

## 6 CONCLUSÃO

Sem dúvidas o Brasil vem avançando muito em sua cultura arbitral, sendo que esse mecanismo alternativo de resolução de conflitos já se consolidou em diversos âmbitos do direito brasileiro.

Por todas as suas características, com especial ênfase na flexibilidade e informalidade procedimental, celeridade e especialidade dos julgadores, os agentes econômicos brasileiros escolheram a arbitragem como a técnica adequada para resolução dos conflitos que envolvem as grandes empresas do país.

Essa visão resultou ainda no estabelecimento da arbitragem como elemento de Governança Corporativa. A arbitragem, nesse contexto, se apresenta, portanto, como um elemento necessário para enquadrar uma empresa nos segmentos de listagem com maior nível de governança corporativa (Nível 2, Novo Mercado e Bovespa Mais) da B3.

O impacto que a cultura da arbitragem gerou nas práticas empresariais de certo resultou em grandes debates doutrinários, especialmente no que tange as questões de arbitrabilidade subjetiva. A maior dessas questões gira em torno da vinculação dos acionistas sócios de empresas que inserem cláusulas compromissórias em seus estatutos sociais.

Por algum tempo, pairou uma dúvida quanto à vinculação dos acionistas que foram contrários à inclusão ou se ausentaram da deliberação, bem como aqueles que não eram sócios no momento em que a deliberação foi realizada. Nestes termos, o art. 136-A da Lei de S.A foi verdadeira pá de cal sobre a discussão, indicando que todos os acionistas são vinculados a via arbitral para discutir qualquer questão que seja decorrente de sua relação com a companhia.

Observando esses fatos, foi proposto a seguinte problemática: se um sem número de acionistas minoritários estão vinculados por força de cláusula compromissória estatutária à arbitragem perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, em caso de ato ilícito cometido pela companhia, gerando violação dos direitos individuais homogêneos desses acionistas, não seria a arbitragem coletiva o meio processual adequado para a proteção desses direitos, tendo em vista as dificuldades, de ordem até econômica, para que um acionista pessoalmente buscasse sua indenização por meio de arbitragem individual?

A fim de propor solução para essa questão, analisou-se o instituto da arbitragem coletiva em sua gênese no direito norte-americano, para então refletir sobre sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste momento, constatou-se que do ponto de vista da arbitrabilidade não haveria qualquer óbice para a instauração de uma arbitragem que tivesse como objeto a discussão de direitos individuais homogêneos, porque esses são dotados de disponibilidade e patrimonialidade, conforme determinado pela Lei brasileira de Arbitragem. Ademais, os entes que seriam legitimados para propor essa espécie de arbitragem possuem plena capacidade de fato.

Noutro giro, acredita-se que o sistema de processo coletivo brasileiro possui plena capacidade de conciliação com o sistema arbitral. Momento em que se explorou as diferentes espécies de legitimidade processual para ingressar com a arbitragem, seja por representação processual ou substituição processual, cada uma com repercussões distintas no alcance da coisa julgada.

Nas arbitragens coletivas por representação associativa, demonstrou-se que a sentença arbitral só produziria efeitos sobre os acionistas que se associaram e consentiram com a representação, já nas arbitragens coletivas por meio de substituição processual, verdadeira forma de ação coletiva, a coisa julgada teria efeito *erga omnes* no caso de provimento dos pedidos, o que vincularia todos os acionistas que pertencessem à classe, independentemente de consentimento.

Defende-se portanto a viabilidade desse meio peculiar de arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, pois se acredita que, nessas hipóteses de lesão a direitos individuais homogêneos, a arbitragem coletiva teria diversas vantagens a nível de maximização do acesso à jurisdição para todos os investidores lesados, tanto pela possibilidade do rateio de custas e despesas, quanto pela própria aptidão de regular a questão para todos com um único processo, bem como vantagens a título de segurança jurídica, pois consiste num mecanismo hábil a promover uma responsabilização em massa das empresas infratoras, promovendo aos investidores uma nova ferramenta de proteção.

Por fim, defende-se ainda que a utilização da arbitragem coletiva não possui nenhuma barreira de aplicação, pois as práticas convencionais podem ser facilmente adaptadas, assim como os regulamentos das instituições arbitrais, podendo ser mitigada a confidencialidade dos procedimentos, principalmente em caso de arbitragem coletiva por substituição processual, e, quanto a indicação dos árbitros, por conveniência, podem ser feitas pela própria Câmara Arbitral.

A arbitragem coletiva nesse contexto apresenta uma ótima opção para ajudar a combater problemas em ambientes que já se valiam da via arbitral como meio padrão de resolução de disputas, como é o caso do mercado de valores mobiliários. Como visto no início desse trabalho, a arbitragem já se sagrou como mecanismo de resolução de disputas de predileção das grandes companhias, no entanto, até o presente momento, ainda há grande lacuna quando o problema inserido nesse contexto se expande para uma gama enorme de pessoas e instituições.

Não é o caso de se cometer aqui o equívoco de achar que a única coisa que faltava para levar a cabo a aplicação adequada das regras ao mercado de capitais brasileiro seja um mecanismo processual como a arbitragem coletiva, por obvio que uma série de fatores devem ser aprimorados para que a cultura de mercado brasileira evolua a ponto de ser equiparada com de outros países, todavia, acredita-se que o estudo da arbitragem coletiva, e mais do que isso, a aplicação prática do instituto sejam fatores importantíssimos na construção de uma cultura de mercado de capitais mais forte.

A busca da sociedade pelo mercado de capitais tende a ser mais forte a depender de o quão seguro e regulado parecer ser esse ecossistema. Os agentes econômicos externos, embora mais habituados aos riscos inerentes a essa modalidade de investimentos do que em geral a sociedade brasileira, a grosso modo, ainda sim, buscam a racionalidade na hora de tomar suas decisões de investimento, e, quanto mais regulado, simétrico, transparente e suscetível de mecanismos jurídico de proteção ao investidor for o mercado brasileiro, maiores são as chances de investidores estrangeiros encontrarem logica em aportar seu capital aqui.

Por fim, o que se busca aqui demonstrar é que, para além de mero academicismo, ou discussões jurídicas pelo mero prazer ou hábito de se discutir, é necessário perceber que instrumentos como a arbitragem coletiva podem desencadear ou, pelo menos, contribuir para uma mudança de paradigmas em nosso país, que se inicia com uma melhora no cenário econômico.

Já passou da hora do Brasil amadurecer sua cultura de mercado de capitais e se abrir para uma oportunidade de prosperidade econômica que diminui muito o tempo dos avanços sociais diretamente conectados à vida das pessoas. Se defende neste trabalho que o mercado de capitais não deve ser encarado como um mero exercício financista de manutenção das grandes elites econômicas, mas sim como uma ferramenta democrática que dá acesso a qualquer um

de se tornar sócio das melhores empresas do país e gera resultados para todos, independentemente de origem, classe social, raça, sexo, gênero ou religião.

Por isso é tão importante que mais esforços sejam empenhados para trazer para a realidade de todos essa benesse, e, neste ponto se encontra o papel dos operadores do direito, que é garantir um ambiente seguro para todos os investidores.

## REFERÊNCIAS

- ALEM, Fábio Pedro; JUNIOR, Fernando Médiçi. Novas tendências para a solução de conflitos nas relações de consumo – arbitragem. *In*: VERÇOSA, Haroldo (org.) **Aspectos da Arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, André de. **A maior ação do mundo**: a história da Class Action contra a Petrobras. 1 ed. São Paulo: SRS Editora, 2018.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e mercado de ações. 06 abr. 2017. **JOTA**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-coletiva-e-mercado-de-acoes-11012017//>> Acesso em: 02 out. 2019.
- BARBOSA, Henrique Cunha. Arbitragem Societária, *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6 ed. The Hague: Oxford University Press, 2015.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 06 nov. 2018
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF, 15 dez.1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em 07 mai.2019.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm). Acesso em: 11 set. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 14 set. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF. 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **Lava-jato**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso//>>. Acesso em: 11 out. 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27, São Paulo: RT, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARRARA, Bernardo Vieira Kluppel. **Os efeitos do artigo 136-A da lei das S.A sobre a cláusula compromissória estatutária**. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 2017. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17769/1/2017\\_BernardoVieiraKluppelCarrara.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17769/1/2017_BernardoVieiraKluppelCarrara.pdf)>. Acesso em: 10 de out. 2019.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Volume II. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **O Mercado de Valores Mobiliários Brasileiro**. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2014.

DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S.A comentada**. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, vol. 1. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 360.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019

FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 2 ed. São Paulo: ED. RT, 2010.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International commercial arbitration**. The Hague: Kluwer, 1999

FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Eduardo Damião; GRINOVER, Ada Pellegrini. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, n. 136, p. 249-267.

- JUNIOR, Mario Engler Pinto. A governança corporativa e os órgãos de administração. *In*: FILKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Org.). **Direito Societário: Gestão e Controle**. São Paulo, 2008
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.
- LEE, João. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 8, 2000. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>> Acesso em: 17 de set. 2019.
- LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 40, São Paulo: RT, 2018.
- LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 22. São Paulo: RT, 2009.
- MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012
- MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade no procedimento arbitral**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese\\_parcial\\_final.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese_parcial_final.pdf)>. Acesso em: 05 de out. 2019.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016
- NETO, Antônio José de Mattos. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 122, São Paulo: Ed. RT, 2005
- NETO, Pedro Martins de Barros. Problemas no ressarcimento do investidor prejudicado no direito brasileiro. **Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Vol. 72, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NUNES, Pedro Caetano. **Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas**. Coimbra: Almedina, 2001.
- PARGLENDER, Mariana. *The Anatomy of Corporate Law: A comparative and functional approach*. 3 ed. FGV Direito SP. Oxford University Press. 2011.
- PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Arbitragem coletiva no Brasil: atuação de entidades representativas (art. 5, XXI, da Constituição Federal). **Informativo do Escritório Justen Pereira, Oliveira e Talamini**. 2015. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/>> Acesso em: 23 out. 2019.

PEREIRA, Guilherme Setoguti. Procedimento, *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

PRADO, Viviane Muller; DECCACHE, Antônio. Arbitragem coletiva e companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. Arbitragem coletiva e mercado de ações.

ROQUE, André Vasconcelos. **Arbitragem de direitos coletivos no Brasil**: admissibilidade, finalidade e estrutura. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

S.I. Strong. *Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, n. 1.12.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *In Re Petrobras Securities Litigation*: Validade e Abrangência da Cláusula Arbitral. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Vol. 55. CBar, 2017.

SARMMARTANO, Mauro Rubino. **International Arbitration: Law and Practice**. 2 ed. Kluwer Law International, 2001.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 4 ed. São Paulo: RT, 2010.

SILVA, Luiz Eduardo Lopes da; PIRAJÁ, Ana Paula dos Reis; JUNQUEIRA, Carla Amaral de Andrade. A governança corporativa e a arbitragem. **MIGALHAS**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2078,101048A+Governanca+Corporativa+e+a+Arbitragem/>>. Acesso em: 07 out. 2019.

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem, *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018

TALAMINI, Eduardo. Cabimento da arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 4. 2004, p. 44-64.

TELLECHEA, Rodrigo. **Sociedades anônimas fechadas**: direitos individuais dos acionistas e cláusula compromissória estatutária superveniente. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11122015-090418/publico/Rodrigo\\_Tellechea\\_Silva\\_Versao\\_Integral.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11122015-090418/publico/Rodrigo_Tellechea_Silva_Versao_Integral.pdf)>. Acesso em: 10 de out. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Consensualismo da arbitragem e teoria do grupo de sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TIBURCIO, Carmen. Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. **Revista de Processo**, vol. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. A arbitragem na lei das Sociedades Anônimas. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). **Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

WALD, Arnold. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 12. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. **Revista da Arbitragem e Mediação**, vol. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Da Constitucionalidade da Lei 9.307/96. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: execução**. 13 ed. São Paulo: RT, 2014.

WEBER, Ana Carolina, A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; ROCHA, Caio Cesar Vieira (Coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.